



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 6 / 2 0 0 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de septiembre de 2007.

Dictamen solicitado por la Excmá. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la ***Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por A.C.F.S., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. Información insuficiente y consentimiento incompleto (EXP. 323/2007 IDS)*.***

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excmá. Sra. Consejera de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de un Organismo Autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 24 de julio de 2007, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 27 de julio de 2007. De la naturaleza de esta Propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, este último precepto, con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de A.C.F.S. al pretender el resarcimiento de un daño

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

que se le irrogó en su persona como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento incoado, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.a) del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues el escrito de reclamación se presentó el 5 de abril de 2004, habiendo quedado determinado el alcance de las secuelas el 19 de marzo de 2004.

Ahora bien, con respecto a este punto, en este procedimiento se generaron dudas que llevaron a que el 26 de octubre de 2004 se solicitara informe al Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia acerca de la prescripción del derecho a reclamar, pidiendo la precisión de la determinación del alcance de las secuelas. Tal informe se emite el 22 de noviembre de 2004, viniendo a concluirse en el mismo que no constan en la documentación consultada referencias a los síntomas referidos por la reclamante hasta que, en abril de 2003, el facultativo de Atención Primaria solicita interconsulta el Servicio de Angiología y Cirugía Vascular. Se refleja por primera vez neuritis de nervio safeno interno derecho en la fecha 19 de marzo de 2004.

III¹

IV

1. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones, sin perjuicio de lo ya aludido en relación con la prescripción de la acción:

(...)²

- Por acuerdo probatorio de 23 de noviembre de 2005, del que no consta recepción de la notificación por la reclamante, pues, aunque se intentó en dos ocasiones, sin embargo no se hizo por medio de edictos, como prescribe el art. 59.5 de la Ley 30/1992, se inadmite, por considerarla innecesaria e improcedente, la pericial que se solicita por la interesada. Así se argumenta que la prueba es innecesaria, pues, “Dado que el objetivo descrito para que la misma se lleve a cabo ya se ha cumplido, es decir, que la reclamante ha sido informada convenientemente antes y después de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, respecto a su estado de salud, como así queda reflejado en el Consentimiento informado suscrito por la reclamante, así como por la propia documentación aportada por la misma”. Asimismo, se indica la improcedencia de la prueba propuesta “ya que se pide que el peritaje lo realice un facultativo del Servicio Canario de la Salud, no siendo procedente, ya que, sobre los peritajes y, a tenor de lo establecido en el art. 81 de la Ley 30/1992 (...), los gastos que comporte la realización de la prueba pericial, en caso de que la misma sea solicitada por la reclamante, correrán por cuenta de la misma”.

- El 15 de marzo de 2006 se dicta acuerdo sobre apertura del trámite de audiencia, cuya notificación a la interesada se realiza con el defecto anteriormente aludido, sin que conste el conocimiento de aquel trámite por la reclamante. Así pues, no presenta alegaciones.

(...)³

2. A pesar de los defectos procedimentales observados, no procede la retroacción del procedimiento, dado que la documentación que obra en el mismo permite resolver adecuadamente el fondo del asunto.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

² Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

³ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

3. En este procedimiento, el plazo de resolución está vencido, sin que se justifique la demora, lo que, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 42.1 y 7 y 141.3 de la Ley 30/1992).

V

1. En cuanto al objeto mismo de la reclamación de la interesada, la Propuesta de Resolución viene a desestimarla, al entender que no concurren los requisitos imprescindibles para que se genere la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria, no existiendo, en consecuencia, la relación de causalidad directa e inmediata que la reclamante pretende.

Se basa la Propuesta de Resolución, fundamentalmente, en las conclusiones del informe del Servicio, de las que extrae que ha de estimarse correcta la práctica médica a la que fue sometida la reclamante.

Por un lado, porque se afirma en aquel informe, respecto de las secuelas sufridas por la afectada, que, a tenor de lo informado por el cirujano que intervino, como del irujano vascular que emitió informe el 7 de diciembre de 2004, son inherentes a la intervención quirúrgica, pues las secuelas del nervio safeno interno, según literatura mundial, están entre un 15% y un 18%, señalando, el cirujano vascular, que el especialista que intervino se ajustó a la *lex artis*.

Se aduce asimismo, por otra parte, que aquellas secuelas estaban incluidas en el consentimiento informado firmado por la interesada como complicación de la intervención a la que se sometió, por lo que ha de asumirlas.

Y, en relación con la especialidad del cirujano que intervino, puesto que la operación se realizó por un cirujano general y no vascular, siendo este punto motivo de la reclamación de la interesada, se aclara por parte del informe del Servicio que “el facultativo (...) está en posesión del título de especialista en Cirugía General y Aparato Digestivo, y, por lo tanto, capacitado para la práctica de la intervención de safenectomía”. Además, tal doctor informa a sus pacientes de su titulación y, especialmente, en el programa elaborado por la Comisión Nacional de Especialidades aprobado por la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, se contempla que la especialidad de Cirugía General y Aparato Digestivo resuelve problemas, hasta cierto nivel de complejidad, del campo de otras especialidades quirúrgicas como Cirugía Vascular, Torácica, Urología y Neurocirugía. De hecho, en el programa de formación se incluyen las rotaciones por Cirugía Vascular.

2. Pues bien, respecto del primer aspecto de la reclamación, esto es, la generación de daños derivados de la intervención a la que fue sometida la reclamante, ha de recordarse que la responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario viene dada no porque no se hayan obtenido unos resultados satisfactorios para los usuarios, sino porque esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido de que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlos.

Es en este punto donde no puede ser atendida la Propuesta de Resolución al entender adecuada la actuación de los Servicios Sanitarios.

Y es que, ciertamente, se desprende del expediente la corrección de la técnica quirúrgica empleada, así como la inherencia a la intervención misma de las secuelas por las que se reclama, como complicación bastante frecuente (según el informe del cirujano vascular; si bien en una de las hojas del consentimiento informado, no firmada, se señalan las secuelas sufridas por la reclamante como menos frecuentes que las citadas en el párrafo anterior de la hoja, por lo que habrá de entenderse que son bastante frecuentes, pero menos que otras). Pero esto no basta para la adecuación a la *lex artis* de la actuación sanitaria.

Resulta de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), habida cuenta del momento en que sucedieron los hechos, en especial su art. 10.

Así, es esencial disponer del consentimiento expreso y escrito del paciente en cualquier intervención, pero sobre todo en las quirúrgicas o invasoras y aquellas con riesgos o inconvenientes de repercusión negativa para su salud, salvo ciertos supuestos tasados. Y también lo es que se facilite previamente al paciente la información adecuada y correcta para que ese consentimiento sea procedente, particularmente para desplazar al enfermo los riesgos del tratamiento o intervención, siempre que se haga de modo adecuado, asumiendo los daños que aparezcan al aplicarse tratando de curar por ser inevitables o inherentes al mismo.

Por tanto, la información ha de ser personalizada y completa, en los términos explícitamente reseñados en los apartados 5 y 6 del art. 10 LGS, pudiendo ser verbal en su caso, pero debiéndose dejar constancia en la documentación del tratamiento y/o en la historia clínica del paciente. Obviamente, debiendo obtenerse consentimiento del paciente para intervenir, ha de recibir antes la información en las condiciones legalmente explicitadas y tras valorar las opciones propias del caso.

Lo que incluye no sólo la idoneidad curativa de la intervención planteada y, por supuesto, en qué va a consistir y, además, las alternativas que existieren para tratar la enfermedad o para la realización de aquélla, sino los riesgos que comporta de fracaso o de daños, tanto los generales de toda operación, como los particulares de la que se propone, sean frecuentes o, en todo caso, típicos, siempre teniéndose en cuenta los antecedentes y condiciones o estado de salud del paciente y los medios disponibles.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, a pesar de constar la existencia de un documento llamado “consentimiento informado”, firmado por la paciente, no puede concebirse el mismo como título jurídico válido para cercenar la antijuridicidad de los perjuicios que ahora sufre la reclamante. Y es que tal documento no puede considerarse a todas luces el de consentimiento, pese al criterio contrario de los Servicios de Inspección, ya que no está firmada la página, que al parecer forma parte del mismo, donde se señalan el tipo de intervención realizada y sus complicaciones, lo que habría de ser el objeto del consentimiento, no habiendo constancia, por otra parte, de que la paciente haya sido informada de estos aspectos, así como de las alternativas terapéuticas de las que disponía, todo lo cual hubiera podido determinar que no se sometiera a la intervención de varices, arrebatándole con ello la opción de elegir.

Además, en todo caso, la página que aparece firmada por ella, no sólo no lo está por el cirujano y no tiene fecha, sino que lapidariamente menciona que la reclamante “ha sido informada del procedimiento de varices”, sin que se haga referencia a cuál sea este procedimiento.

3. Por otra parte, la reclamación de la interesada en relación con la especialidad de quien la intervino quirúrgicamente se funda en la ausencia de conocimiento por su parte de la especialidad del cirujano, constanding en el consentimiento, por otra parte, en la página por ella firmada, que consentía que se le practicara el procedimiento de varices por el Servicio Cardiovascular. Debiendo suponer que desconocía la especialidad de quien la operó, a pesar de constar su nombre en la hoja del consentimiento, ya que no se determinaba su especialidad.

Ahora bien, en cuanto a este punto, y puesto que está acreditado a través de la documentación que obra en el expediente, en especial, el informe del cirujano vascular, que los daños sufridos no son consecuencia de que la intervención se realizara por un cirujano general, que, por lo demás, tiene plena capacidad para hacerlo, no puede constituir este hecho objeto de reclamación alguna, y, por ende,

ser indemnizado. Además, a ello se ha de añadir que en el informe emitido por la Clínica C.S.C. el 8 de junio de 2004, se afirma que la misma tiene autorización para la gestión de la lista de espera enviada desde el Departamento de Angiología y Cirugía Vascular del Servicio Canario de la Salud, estando capacitado y en competencia para realizar la intervención que nos ocupa el Dr. Ó.L.J., de la Clínica en la que se resolvió la remisión de la paciente, siguiendo el criterio que ésta estaba autorizada para seguir.

Por tanto, es por la antijuridicidad del acto quirúrgico, por ausencia de consentimiento informado, pues no versa sobre el objeto de la intervención, complicaciones y alternativas terapéuticas, por lo que, en este caso, parece resultar imputable a la Administración el perjuicio producido, y es que aunque en la intervención se haya procedido conforme a la *lex artis*, tanto por la técnica empleada y procedimiento, como por la aptitud del especialista que la realizó, todo lo que no se pone en duda, no se actuó conforme a ella en el preoperatorio en cuanto al consentimiento informado.

Por ello, podemos afirmar que la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen no es conforme a Derecho, ya que se puede imputar la responsabilidad patrimonial derivada de los hechos a la Administración, por las razones anteriormente expuestas, quedando además, demostrada la relación de causalidad entre el funcionamiento anormal del servicio y el daño sufrido por la interesada en relación con las secuelas de la intervención quirúrgica, por lo que habrá de abonársele indemnización calculada con arreglo a la normativa aplicable, cantidad que, en todo caso, ha de actualizarse conforme al art. 141.3 de la Ley 30/1992.

CONCLUSIÓN

No es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, pues debe estimarse parcialmente la pretensión de la interesada.