



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 0 6 / 2 0 0 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 20 de diciembre de 2007.

Dictamen solicitado por la Excm. 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 M.L.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. Error de diagnóstico. No utilización de los medios exigibles. Ausencia de consentimiento informado (EXP. 469/2007 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2007, pero con entrada en este Organismo el día 20, la Consejera de Sanidad interesa de este Consejo preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2003, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), sobre la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la reclamación de los daños producidos a M.L.M. por el funcionamiento del servicio público sanitario que se presta por el Servicio Canario de la Salud, Organismo integrado en la Administración autonómica.

Tales daños ocurren, según se alega en la reclamación, con ocasión de la asistencia que se prestó en un Hospital gestionado por dicho Servicio, culminando con la extirpación no consentida de ambos ovarios de la ahora reclamante, al realizársele una laparoscopia, decidida en ese momento por el equipo médico. Por ello, la afectada solicita la cantidad de 162.626,16 euros en concepto de indemnización,

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

incluyendo daños morales, en particular al impedírsele indebidamente ser madre biológica.

2. La Propuesta de Resolución, pues, se formula en un procedimiento administrativo en el que se reproducen, en general, los defectos procedimentales ya manifestados por este Organismo en Dictámenes anteriores en este ámbito, aunque se siga, básicamente, la regulación que ordena tal procedimiento.

Además, sin perjuicio de que este Organismo se pronuncie sobre el fondo del asunto, al considerar que dispone de datos suficientes al efecto, varios de esos trámites adolecen de deficiencias específicas que podrían afectar a la necesaria existencia de relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento del servicio y que indiquen negativamente en el derecho de la defensa de la interesada al contravenir los principios de igualdad y contradicción previstos legalmente al respecto.

En todo caso, la reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al ser la que sufrió el daño [art. 31.1.a) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)] y, desde luego, quien recibió la asistencia que se conecta a su producción. Además, lo ha sido dentro del preceptivo plazo de un año que dispone el art. 4.2 RPAPRP. En este sentido, se recuerda que, cuando de daños físicos y síquicos se trata, como es el caso, el cómputo del plazo se inicia en el momento de la curación o la determinación del alcance de las secuelas, habiéndose producido el alta hospitalaria el 20 de abril de 2005 y presentado el escrito de reclamación el 26 de diciembre de 2005.

Por otra parte, consta en el expediente del procedimiento el preceptivo informe del Servicio cuyo funcionamiento ha causado presuntamente la lesión indemnizable, básicamente el de Obstetricia y Ginecología, con diversa información adicional al respecto, así como la documentación relativa a los trámites, probatorio y de audiencia, en el que la interesada se ratificó en su posición.

Finalmente, la Propuesta resolutoria se formula, tras ser informada por el Servicio Jurídico de la Administración con carácter favorable, vencido largamente el plazo de seis meses fijado reglamentariamente para resolver este procedimiento, por lo que, inevitablemente, se resolverá con notorio incumplimiento del mismo, sin justificación alguna para ello y sin culpa de la interesada.

II

1. El adecuado análisis de la procedencia jurídica de la Propuesta de Resolución hace pertinente tener en cuenta los hechos producidos y, además, en su exacta sucesión. Al respecto, y por su claridad, se seguirá el escrito de reclamación, al que acompaña diversa documentación justificativa de su pretensión, cuya descripción de los hechos no es discutida por la Administración, aunque, circunstancia que naturalmente se tendrá presente en el referido análisis, existan ciertas diferencias de matiz, sobre todo sobre la causa y la forma de dicha producción, pues en definitiva la Administración niega la existencia de lesión antijurídica y, de hecho, mantiene la del deber de la interesada de soportar el daño, siendo correcta -se arguye- la actuación del Servicio en todo momento.

La reclamante acudió el 4 de octubre de 2004 al Centro de Salud de Guanarteme refiriendo "dolor en bajo vientre" que fue calificado de "cólico nefrítico", sin más investigación o atención, siendo derivada a su médico general. Luego, el 24 de febrero de 2005, acude nuevamente al mismo Centro de Salud alegando "dolor agudo en la misma zona". En esta ocasión, es derivada de urgencia al Hospital Dr. Negrín, donde se le diagnostica "dolor abdominal inespecífico", tras realizársele ciertas pruebas diagnósticas, pero sin control o estudios ulteriores y sin detectársele dolencia alguna en el aparato genital.

Sin embargo, como la paciente continuaba con dolores y malestar general, no habiendo recibido tratamiento específico como consecuencia de lo anterior, acude escasos días después, el 3 de mayo de 2005, a la consulta privada del Dr. Q.D., quien inmediatamente y ante los síntomas de la interesada realiza una prueba específica y, sin dificultad, le diagnostica un quiste endometriosis de ocho cms. en el ovario izquierdo, no presentando el derecho problemas. A continuación, pide que se le realicen otras pruebas apropiadas al caso por el Servicio de Ginecología del Hospital Materno-Infantil. En esta línea, el Dr. P.P. de dicho Servicio informa el 15 de marzo de 2005 que la paciente requiere intervención quirúrgica, pero no la califica de urgente, siendo el diagnóstico, provisional, de tumoración anexial, de modo que se le incluye en la lista de espera quirúrgica.

Ante esta circunstancia, dado que la espera puede ser de tres a cuatro meses, la afectada presentó el 21 de marzo de 2005 una reclamación ante la Consejería en orden a que se adelantara la intervención aduciendo que tal tumoración puede ser maligna mientras no se demuestre lo contrario. Y, ante semejante argumento, se

opta significativamente por programarse una laparoscopia a la paciente, que es ingresada el 7 de abril de 2005, recibiendo medicación intravenosa en relación con su tumoración anexial, hasta entonces sólo izquierda. Al día siguiente, firma el consentimiento para la anestesia y también fue informada por un médico del Servicio de que, según las pruebas efectuadas, tenía tal tumoración, pero tenía normal el ovario derecho. Esto es, no fue advertida en ese momento de que el ovario derecho presentaba un problema similar al izquierdo, ni mucho menos que podría ser necesario extirparle ningún ovario, aun el izquierdo dañado.

Por fin, el 15 de abril fue intervenida realizándose laparoscopia por los Dres. P.M.M. y R.L.M.M., los cuales le extirparon los dos ovarios, pues, según se dice en informe posterior a la intervención, "en ambos ovarios se hallaron tumoraciones de 8 centímetros -teratomas quísticos maduros-".

2. En consecuencia, la interesada considera que hubo retraso diagnóstico en relación con el tumor o quiste del ovario izquierdo de "más de seis meses", lo que pudo determinar que fuera necesaria la "anexectomía" de los ovarios (extirpación) en vez de la posible quistectomía (extirpación de los quistes). Y, en cuanto al ovario derecho, se debió producir un error de diagnóstico, pues "en todas la pruebas previas a la intervención aparecía sano sin que se encontrara nada anormal".

En todo caso, faltó el debido y exigible consentimiento informado, sin que pueda ser tomado por tal la cumplimentación de un formulario genérico de riesgos en los que la exención de responsabilidad se efectúa mediante cláusulas de estilo. A mayor abundamiento, se recabó su consentimiento para una laparoscopia diagnóstica, no para una extirpación que, encima, le impedirá la maternidad biológica. En este sentido, si la paciente hubiera sido advertida de que en ambos ovarios había tumoración, habría adoptado las medidas oportunas para la extracción preventiva de sus óvulos; lo que le permitiría ser madre, dada su edad fértil.

Perjuicio al que se añaden "el envejecimiento prematuro" y "la pérdida de placer sexual" que le generan con la extirpación y estado resultante del aparato sexual.

Por lo demás, y para tratar de acreditar estos extremos, mediante escrito de 7 de febrero de 2006 la paciente propuso varias pruebas, tanto documental como testifical, ésta a evacuar con el médico que le informó sobre su dolencia y la operación a realizar, y pericial, con formulario de preguntas a evacuar en la práctica de ambas.

3 y 4.¹

III

1. Pues bien, procede ante todo tener presente que el diagnóstico certero de la paciente no se realizó, pese a ser atendida en sendas ocasiones en Centros del Servicio Canario de la Salud, por los médicos o especialistas de éste, sino por uno privado y mediante una prueba diagnóstica no sólo relativamente simple, una ecografía normal, sino apropiada a los síntomas de aquélla, sobre todo con ocasión de la segunda asistencia, no realizándose primero actuación alguna con este fin, ni después la adecuada y exigible por las características de la paciente, los antecedentes inmediatos y dichos síntomas, con posible dolencia en el aparato reproductor.

Desde luego, se disponía sin duda de los medios necesarios para ello y, como queda acreditado, es sencilla la detección del problema padecido, fácilmente observable o, en su caso, descartable, pues también podía serlo el supuesto cólico inicialmente diagnosticado.

Además, está confirmado por el propio Servicio que la tardanza en el diagnóstico y, por tanto, en el tratamiento influyó en el crecimiento del tumor en el ovario izquierdo y, quizás, en la aparición y desarrollo de otro en el derecho; lo que, en consecuencia, generó la eventual necesidad de extirpar el ovario o, en su caso, ovarios afectados.

En otras palabras, máxime dada la consecuencia antedicha, los diagnósticos errados que se produjeron, subsanándose encima esta deficiencia por la intervención de un especialista privado y mediante una prueba apropiada al caso, de carácter ordinario y razonable dadas las circunstancias, no son admisibles ni excusables en estas condiciones. Lo que, como se dijo, no sólo ha impedido tratar el dolor para eliminarlo o calmarlo, sino atacar su fuente, creciendo el problema de tal manera que no pudo ser tratado como era en principio posible, con las consecuencias conocidas.

2. Por otro lado, ha de reseñarse que la interesada propuso prueba testifical del personal sanitario que la atendió y otra pericial de especialistas. Y, aunque consten informes en el expediente de varios médicos actuantes, es patente que -sin perjuicio de la pertinencia acreditativa, no siempre como se verá en el sentido pretendido por

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

la Administración, de esta información-, no puede confundirse el trámite de informes con el probatorio y, en relación con ello, el derecho de defensa de la interesada supone que, además de esos informes, de obligada solicitud, los testigos coincidan o no con los informantes, contesten a sus concretas preguntas, pudiendo también intervenir en la práctica de la prueba la propia reclamante.

En cuanto a la pericial, es cierto que no se pudo efectuar en principio porque ningún especialista de la lista disponible al efecto aceptó hacerlo. Sin embargo, dada la relevancia de las cuestiones sobre las que se instaba se pronunciara el perito, en particular aquellas no tratadas especialmente en la información emitida, como singularmente la posible extracción de los óvulos de la paciente o las consecuencias de la anulación de sus funciones ováricas, el Instructor, similarmente a como debió proceder en la prueba testifical y con idéntico fundamento, (art. 78.1 LRJAP-PAC), pudo resolver el problema recabando Informe de otro especialista del propio Servicio Canario de la Salud, perteneciente al mismo Servicio pero de otro Hospital gestionado por él, o aun solicitarlo del propio especialista privado que atendió a la paciente.

3. No obstante lo antes expuesto y según se adelantó en el Fundamento anterior, la información proporcionada por la propia Administración, singularmente deducida de la historia clínica y de los informes emitidos por el Servicio actuante o por el de Inspección, o aun de los hechos asumidos por éstos o por el Instructor, cabe deducir qué actuaciones se han realizado correctamente en la asistencia prestada.

En este sentido, ya se ha expresado la opinión de este Organismo sobre los diagnósticos de la dolencia de la paciente, con las consecuencias que comportaron, pero es que tampoco las actuaciones subsiguientes fueron adecuadas en si mismo consideradas. Así, aparte de la cuestionabilidad de programar la laparoscopia propuesta de modo no urgente, siquiera sea por la relevancia de la prontitud del tratamiento para evitar el desarrollo de los quistes o tumores, y la no menos cuestionable razón para rectificar esta decisión, siendo debida la rectificación, por la exclusiva reclamación de la afectada, se recuerda que esta intervención tiene una finalidad, en principio, diagnóstica, realizándose para investigar el ovario izquierdo sobre la base de que es el único con tumoración según la ecografía inicial y otras pruebas subsiguientes, mientras que se considera que no hay indicio alguno de que también lo esté el derecho.

Por eso, el consentimiento de la paciente se obtiene con la finalidad descrita. Y, de hecho, el diagnóstico de tumoración anexial izquierda se confirma apreciándose

quiste dermoide o teratoma maduro, que es un tumor no maligno, aunque se afirma que, sin esperarlo al parecer, también existe en el ovario derecho, no siendo posible, por su tamaño o situación, retirarlos, de modo que la única solución para eliminarlos era extirpar tanto el ovario izquierdo como el derecho.

Sin embargo, no resulta ajustado a las circunstancias, y no está suficientemente razonado, que el ovario derecho pudiera estar, de pronto o sin dato previo alguno, en idéntica situación que el izquierdo en ese momento, por mucho que las ecografías no sean fiables al 100%, sin que nada indicaran otras pruebas diagnósticas al respecto. Salvo, precisamente, que no se realizaran las debidas dadas las referidas circunstancias y la posibilidad de que existieran similares problemas en el ovario en principio no dañado, complementándose al efecto las pruebas hechas o la ecografía inicialmente efectuada; que erróneamente no se detectara ningún quiste allí, pese a estar presente y ser detectable o sospechoso de existir con las pruebas efectuadas, máxime de tener ocho centímetros como el detectado en el izquierdo; o que tal quiste no tuviera, realmente, las dimensiones del existente en el otro ovario y, por tanto, aunque previsiblemente crecería hasta tener ese tamaño, no generaba el mismo problema o daño en ese momento.

Por otra parte, la laparoscopia podía tener como suplemento de su fin inicial el de tratamiento del tumor o quiste que se encontrara, pero en absoluto consta en parte alguna, ni se acredita que esta información se hiciera verbalmente, que se advirtiere a la interesada no sólo que podría ser pertinente o aun necesario la extirpación del ovario afectado, sin más y sin dar oportunidad a conservación de óvulos o, simplemente, a que la paciente se negara a ello, sino que también cabía la posibilidad de que se procediera de igual modo respecto al otro ovario.

En este sentido, la extirpación no advertida ni consentida, aunque pudiera ser recomendable o incluso el tratamiento pertinente debido a la situación de los quistes, por más que ésta se deba a previos errores en la asistencia prestada hasta entonces y sea rechazable también por no advertirse, sin razón o justificación admisible para ello, que el problema afectaba a ambos ovarios, no era de imprescindible realización en ese instante porque no existía entonces riesgo vital, ni los quistes eran tumores malignos que afectarían la vida, a corto o medio plazo, de la paciente.

Antes bien, tal medida afecta moralmente a la interesada, por su desconocimiento y no consentimiento, sobre todo respecto al ovario derecho, pero

también físicamente, por su incidencia en su actividad sexual o, en todo caso, en la imposibilidad de ser madre biológica; máxime cuando está acreditado que no presentaban síntomas o sospechas de torsión o necrosis ninguno de los dos ovarios.

4. A los efectos oportunos, cabe por último recordar el régimen legal del consentimiento de la paciente, siendo determinante al efecto recibir la información adecuada y exigible al caso y al enfermo. Así, tiene derecho a “decidir libremente después de recibir la información adecuada” (art. 2.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), de modo que, aunque el paciente debe aportar datos de “manera leal y verdadera”, ha de respetarse sus decisiones adoptadas libre y voluntariamente (art. 2.6 id.), siendo quien debe decidir con “su propia y libre voluntad” (art. 4.2 id.).

En este contexto, aunque el titular del derecho a la información es, en efecto, el “paciente”, “también serán informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita” (art. 5.1 id.); y, cuando el paciente “carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o síquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho” (art. 5.3 id.).

Además, el consentimiento deberá ser escrito con ocasión de la “aplicación de procedimientos que suponen riesgos” o presentaran “inconvenientes de notoria repercusión negativa sobre la salud del paciente” (art. 8.2 id.). Y, si bien la Ley contempla la “renuncia del paciente a recibir información” (art. 9.1 id.) o que se pueda proceder a la aplicación del tratamiento que fuere “sin necesidad de contar con su consentimiento”, ello debe hacerse expresamente en el primer caso, y sólo cuando haya “riesgo para la salud pública” [art. 9.2.a) id.], o exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él” [art. 9.2.b) id.], en el segundo.

Finalmente, procede el consentimiento prestado “por representación” cuando el enfermo, por su estado físico o psíquico, “no sea capaz de tomar decisiones”, cuando el paciente esté incapacitado legalmente, y cuando, siendo menor, “no sea capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención” [art. 9.3 id.).

IV

1. Por consiguiente, de acuerdo con los razonamientos expresados en los Fundamentos precedentes, no están acreditados los hechos o datos argumentados por la Administración para rechazar la reclamación presentada, sin que en consecuencia esté fundada la propuesta del Instructor de no existencia de lesión indemnizable, no sólo en relación con la extirpación tanto del ovario izquierdo como, al final, también del derecho, sino de la entera asistencia prestada a la paciente desde que acudió al Servicio Canario de la Salud para ello.

Por el contrario, los datos disponibles indican que la actuación de la Administración sanitaria no fue la procedente y exigible a lo largo del proceso, singular y conjuntamente considerado, de manera que existe relación de causalidad entre el daño sufrido, que excede a la mera extirpación de los ovarios, y el funcionamiento, inadecuado en diversas facetas y grados, del servicio público prestado. Además, aquél es imputable a su gestor por ese motivo, produciéndose por su actuación en exclusiva y sin intervención de la propia paciente o de un tercero.

En consecuencia, ha de estimarse plenamente la exigencia de responsabilidad formulada por la interesada, sin estar aquélla limitada por concausa o por la consistencia, efectos o desarrollo de la propia enfermedad padecida, de modo que la afectada no tiene que soportar los perjuicios sufridos, debiendo ser indemnizada al respecto.

2. En cuanto a la cuantía de la indemnización a conceder, procede que, por los motivos reseñados en Dictámenes en esta materia y siguiendo el criterio al efecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o de Sentencias de otros Tribunales en casos similares, se parta para calcularla de la Tabla de valoraciones relativa a los daños por accidentes de circulación, por ser suficientemente ilustrativa y objetiva. No obstante, ha de tenerse presente asimismo que esta apreciación tiene finalidad orientativa y, por tanto, que se trata de la prestación de un servicio público, debiéndose considerar qué daños se han causado y cómo se han producido, particularmente si ocurren debido a un incorrecto funcionamiento de aquél.

En este sentido, procede valorar, ante todo, la pérdida de los ovarios de la paciente, constituyendo la cuantía correspondiente el primer componente de la indemnización. A esta cantidad, ha de añadirse otra idéntica por la contribución a este hecho del retraso indebido en el tratamiento de la paciente por error

inexcusable de diagnóstico y no utilización de los medios exigibles y disponibles al efecto, en relación con el ovario izquierdo y, más aún, con el derecho.

Además, ha de sumarse otra cantidad igual a las dos anteriores, dividida en dos mitades, por los perjuicios ocasionados a la paciente consistentes por un lado en la imposibilidad de ser madre biológica, salvo que se acredite la imposibilidad de salvar óvulos a ese fin por el estado de ambos ovarios, en el momento de la intervención o inmediatamente después, y por el otro en las deficiencias generadas para realizar una vida sexual normal u ordinaria, salvo que se demuestre que la extirpación no influye en ello o que el estado de los ovarios no la hubiera permitido en todo caso.

Finalmente, la cuantía de la indemnización que resulte de acuerdo con lo antedicho ha de ser actualizada al momento de resolverse el procedimiento (art. 141.3 LRJAP-PAC).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, procediendo estimar plenamente la reclamación presentada y, por tanto, indemnizar a la interesada según se expone en el Fundamento IV punto 2.