



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 9 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 de marzo de 2008.

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 R.M.V.D., por daños ocasionados como consecuencia de consentimiento informado deficientemente prestado (EXP. 63/2008 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 la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial incoado por daños que se imputan al Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación 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 (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

En el presente expediente se cumple el requisito de legitimación activa de la reclamante, al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada con ocasión de una intervención quirúrgica.

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

Se cumple igualmente la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Organismo Autónomo, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

La reclamación fue presentada el 29 de enero de 2007 en relación con la asistencia sanitaria iniciada el 10 de febrero de 2005, si bien, de acuerdo con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones obrante en el expediente, las secuelas no se han considerado estabilizadas hasta el mes de mayo de 2006. La reclamación, por tanto, no puede ser calificada de extemporánea al no haber transcurrido, desde esta última fecha, el plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

El órgano competente para instruir y proponer la Resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la 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 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud y con la Resolución de 22 de abril de 2004, del Director del Servicio, por la que se delega en la Secretaría General de dicho Organismo Autónomo la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el mismo.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la 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.

Por lo que se refiere a los aspectos procedimentales, se han observado los trámites legal y reglamentariamente previstos, con excepción del plazo para resolver, cuya demora no se encuentra justificada a la vista de las actuaciones practicadas durante la instrucción del procedimiento. La demora producida no impide sin embargo la resolución del procedimiento, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC.

III¹

IV

Por el órgano instructor se elaboró una primera Propuesta de Resolución, con fundamento en los citados informes, en la que se desestima la reclamación presentada al considerar que el daño alegado no reviste el carácter de antijurídico, ya que quienes atendieron a la interesada lo hicieron de acuerdo a la *lex artis*, sin que se evidencien signos de mala praxis en ninguna de sus actuaciones. Asimismo, se argumenta, si la paciente ha sido debidamente informada de los riesgos que se derivan del acto clínico y lo ha consentido, es obligado reconocer que el daño acaecido por la asistencia médica es plenamente jurídico.

Sometida esta Propuesta a preceptivo informe del Servicio Jurídico, éste se emite en el sentido de advertir que la Propuesta “no se encuentra suficientemente motivada habida cuenta que con independencia de que exista o no *consentimiento informado*, según una amplia Jurisprudencia, habrá que demostrarse que la actuación o intervención practicada se ajustó la *lex artis*, dado que dicho consentimiento, como bien recoge la Propuesta, no justifica cualquier daño que pueda padecer la paciente por ser un riesgo previsto en el mismo sino los que se producen a pesar de que la misma fue la adecuada. Y toda vez que no existe un pronunciamiento por los especialistas competentes sobre dicha cuestión a la vista de la historia clínica de la paciente, ya que el informe emitido por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología que supuestamente causó el daño no se pronuncia expresamente sobre tales extremos sino a lo sumo hace un informe clínico de la reclamante, deberá reclamarse dicha información a los efectos de quedar convenientemente fundamentada la decisión propuesta”.

Tras este informe y sin realizar ninguna actuación posterior, se procede a la elaboración de una nueva Propuesta de Resolución en la que se sigue sosteniendo el deber de soportar la interesada el daño producido al carecer éste del requisito de antijuricidad, lo que se fundamenta en los dos motivos ya plasmados en la Propuesta inicial; esto es, la existencia del consentimiento informado y la adecuación de la asistencia sanitaria a la *lex artis*.

Por lo que al consentimiento se refiere, resulta constatado en el expediente que la paciente firmó en las dos ocasiones en que fue intervenida los respectivos

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

documentos, en los que, como señaló el informe del Servicio de Inspección, específicamente se indicaron las complicaciones posteriormente padecidas por la reclamante.

Como señala la Propuesta, la firma del consentimiento informado no actúa como título que justifica cualquier daño que pueda padecer la paciente, sino que además es necesario que la asistencia sanitaria haya sido adecuada. Ahora bien, siendo esto así, es de advertir que, por lo que al consentimiento informado se refiere, para que tenga la virtualidad de excluir la antijuridicidad del daño, debe cumplimentarse de acuerdo con las exigencias legales, que además han venido exigidas de forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 4 de abril de 2000, 24 de febrero de 2002, 15 de junio y 26 de noviembre de 2004, 12 y 21 de diciembre de 2006, y 16 de enero de 2007, entre otras). En este sentido, el art. 10 de la Ley 41/2001, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, exige que el facultativo proporcione al paciente la información básica relativa a las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con sus circunstancias personales o profesionales, los que resulten probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, y las contraindicaciones.

De esta regulación resulta pues que una adecuada aplicación de la regulación del consentimiento informado exige no sólo que preste información sobre los riesgos genéricos que los tratamientos médicos generan, sino también los específicos, que han de atender a las especiales circunstancias de cada paciente, que pueden producir que tales riesgos se concreten en ellos con mayor facilidad. Estos extremos, además, han de ser acreditados por la Administración a los efectos de demostrar la adecuación del consentimiento informado a la *lex artis* y su consiguiente exoneración de responsabilidad.

En el presente caso, no consta en el expediente si la paciente, debido a su estado de salud previo, se encontraba en situación de padecer con mayor probabilidad las secuelas finalmente sufridas. La paciente, como se ha dicho, firmó los consentimientos relativos a los dos tratamientos quirúrgicos y en ellos figuraban como riesgos posibles, de carácter genérico, los que finalmente se concretaron en su caso. No se añadió sin embargo si la paciente presentaba estos riesgos de manera específica teniendo en cuenta su estado de salud previo, de donde podría deducirse

que no concurría en ella ninguna circunstancia específica que obligara a una información más detallada. No obstante, una adecuada motivación del consentimiento informado como causa de exoneración de la responsabilidad de la Administración sanitaria exige que igualmente se justifique que la información ofrecida a la paciente fue suficiente, a la vista de su estado, para que se encontrara en condiciones de elegir o rechazar una determinada terapia por razón de sus riesgos.

Por otra parte, la Propuesta de Resolución considera que la actuación sanitaria fue adecuada a la *lex artis*. Se fundamenta esta conclusión en los datos obrantes en la historia clínica, detallando las actuaciones médicas que prueban fehacientemente que la asistencia sanitaria prestada fue continua, correcta y adecuada.

Esta fundamentación, sin embargo, resulta inadecuada. Como ya fue advertido por el Servicio Jurídico, no existe en las actuaciones un pronunciamiento de los especialistas competentes acerca de la adecuación de la asistencia sanitaria a la *lex artis* a la vista de la historia clínica de la paciente, ya que el informe emitido por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, que supuestamente causó el daño, no se pronuncia expresamente sobre tales extremos sino a lo sumo hace un informe clínico de la reclamante, indicando únicamente el tratamiento a que fue sometida. El órgano instructor, en la motivación vertida en la Propuesta, trata de sustituir una valoración, que ha de ser de carácter médico, por el simple relato de las actuaciones practicadas, llegando a incluir algunas que o bien son necesarias para la práctica de la intervención, pero de las que no deriva el daño por el que se reclama (como es el caso de las pruebas que integran el estudio preanestésico) o bien se refieren a otras actuaciones sanitarias ajenas a la patología cuyo tratamiento ha motivado la presente reclamación, como ocurre con las referencias al tratamiento de rehabilitación en la Clínica C., que fue pautado como consecuencia de padecer epicondilitis medial (folio 212 del expediente, en el periodo comprendido entre el 9 de septiembre y el 20 de octubre de 2005) y cervicalgia y lumbago (folio 226, periodo comprendido entre el 9 de mayo y el 1 de junio de 2006), mostrando la Propuesta incluso error en las fechas.

Por otra parte, se señala también que en el Hospital de San Juan de Dios inició tratamiento fisioterapéutico después de la operación de 15 de diciembre de 2005, asistiendo a la última revisión el 15 de noviembre de 2006. No obstante, se significa que no consta en la historia clínica ninguna documentación relativa a este

tratamiento rehabilitador. Sí consta en cambio que en la consulta a la que acudió el 25 de febrero de 2005 “se enseñan ejercicios de rehabilitación” y que el 2 de septiembre es remitida por el Servicio de Rehabilitación al terminar el tratamiento y continuar con dolor. Igualmente, tras la segunda intervención, consta en la historia que se pautó rehabilitación, pero tampoco existe documentación alguna relativa a este tratamiento. En la historia clínica no se contienen, pues, datos suficientes relativos al tratamiento rehabilitador practicado, ni ningún informe médico relativo al mismo, pues el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología se limita a señalar que se practicó rehabilitación tras la primera intervención y fisioterapia tras la segunda, pero no se detalla en concreto el tipo de técnica empleada ni los resultados obtenidos.

En definitiva, en contra de lo sostenido en la Propuesta de Resolución, no consta en la historia clínica ni en los informes recabados con ocasión de la instrucción del procedimiento datos de los que fundadamente pueda alcanzarse la conclusión de que la asistencia sanitaria ha sido conforme a la *lex artis*.

CONCLUSIONES

1. No procede entrar en el fondo del asunto planteado.
2. Para mejor proveer se debe proceder a la retroacción de las actuaciones, a fin de que se recaben los pertinentes informes médicos relativos a la idoneidad de las técnicas empleadas y a la adecuación a la *lex artis* del tratamiento a que fue sometida a la vista de la patología presentada. Se debe incluir entre estos informes el del Servicio de Rehabilitación en el que se indique el tratamiento llevado a cabo y los resultados obtenidos con el mismo.
3. De acuerdo con lo razonado en el Fundamento IV, respecto al consentimiento informado, se deberá informar sobre las condiciones y características de la paciente, de la que se solicitó y obtuvo dicho consentimiento.
4. Resulta preceptivo el otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia, dado que la solicitud de tales informes supone que se incorporarán al expediente nuevos documentos, de los que debe tener conocimiento la interesada. Finalmente, elaborada la nueva Propuesta de Resolución, debe solicitarse nuevo Dictamen a este Consejo.