



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 3 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de octubre de 2008.

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 A.M.M.R., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. Mala praxis. Necesidad de una segunda intervención quirúrgica, dado el fracaso de la primera (EXP. 381/2008 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito con entrada en este Consejo el 15 de noviembre, la Consejera de Sanidad solicita de este Consejo Dictamen preceptivo 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, y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP), en relación con la Propuesta de Resolución con la que concluye el procedimiento de reclamación de indemnización incoado por daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a la en su día paciente, hoy reclamante, A.M.M.R. por parte del Servicio Canario de la Salud al ser intervenida quirúrgicamente de forma deficiente, lo que le ocasionó una nueva lesión de la que tuvo que ser nuevamente intervenida tras innecesario padecimiento causado por la mala praxis utilizada.

A consecuencia de tales intervenciones, y las incidencias de las que se dará cuenta más adelante, la reclamante padece secuelas físicas y síquicas, por las que interesa una indemnización de 67.347, 05 €.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

2. La mencionada Propuesta culmina un procedimiento administrativo en el que, con carácter general, se han cumplido las previsiones de índole legal y reglamentaria que ordenan y regulan tales procedimientos aunque no con la precisión debida. Más adelante se efectuarán algunas consideraciones en relación con los términos en que se han verificado alguno de los trámites efectuados, por cuanto pudieran tener alguna incidencia en la debida contradicción entre las partes y en la acreditación de la necesaria relación de causalidad que debe existir entre el daño y la actuación administrativa que lo genera.

La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al ser la que presuntamente sufrió el daño por el que se reclama [art. 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC)], actuando en el procedimiento incoado mediante representación bastante otorgada *apud acta* (art. 32.2 LRJAP-PAC).

Se ha interpuesto la reclamación dentro del preceptivo plazo de un año que dispone el art. 4.2.2º párrafo del RPAPRP. En este punto, ha de consignarse que cuando de daños físicos y síquicos se trata, como es el caso, el inicio del cómputo coincide con el momento de la curación o la determinación del alcance de las secuelas (art. 4.2, 2º párrafo del RPAPRP). El alta hospitalaria se concedió el 4 de septiembre de 2003, con indicación de revisión el 12 de septiembre posterior, pero el 20 de enero de 2004 presentó una queja por seguir padeciendo dolores y el mal trato recibido, queja que fue atendida mediante escrito de 28 de junio de 2004 -tras lo que continuó con los dolores-, por lo que la reclamación, que tuvo entrada en el Registro general de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad el 15 de noviembre de 2004, ha sido formulada en plazo.

El procedimiento concluye con la preceptiva Propuesta de Resolución -informada por los Servicios Jurídicos de conformidad con el art. 20.j) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento (aprobado por Decreto 19/1992, de 17 de febrero)-, que es desestimatoria de la reclamación presentada.

La reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, de conformidad con lo que dispone el art. 6.2 RPAPRP. En las actuaciones consta la realización de los actos necesarios, con los matices que luego se dirán, para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP).

Particularmente, obran en las actuaciones el preceptivo informe del Servicio cuyo funcionamiento ha causado presuntamente la lesión indemnizable, que es el Servicio de Cirugía del Hospital Insular de Gran Canaria (art. 10.1 RPAPRP).

También consta la verificación de los trámites probatorio (art. 9 RPAPRP), cuestionable en los términos que luego se verán, y de audiencia (art. 11 RPAPRP), que se llevó a cabo en varias ocasiones en razón de las dificultades en la realización de alguna de las pruebas y las precisiones que hubo de realizar a sus conclusiones.

II¹

III

1. Con carácter preliminar, hemos de formular algunas consideraciones de índole procedimental, que pudieran incidir en la cuestión de fondo.

1.1. La primera observación se refiere a la excesiva duración del procedimiento de responsabilidad tramitado, pues habiéndose iniciado el 15 de noviembre de 2004, la Propuesta de Resolución lleva fecha de 25 de julio de 2008. Ciertamente, del relato de hechos se adivina que gran parte de la dilación fue debida a la espera por el reingreso al servicio activo del Dr. J.T.R. que intervino a la reclamante en la Clínica S.R., por cuyo testimonio la reclamante estimó conveniente esperar; pero parte de la dilación también fue debida a la reiteración de trámites y a la continuación del procedimiento sin agotamiento de trámites previos. De hecho se abrió en su día trámite de audiencia sin culminar el periodo probatorio, pues éste se cerró sin agotar la práctica de prueba propuesta un año después del último trámite.

1.2. La segunda observación concierne a la forma en que se ha llevado a cabo la propuesta y práctica de alguna de las pruebas.

De conformidad con el art. 6.1 RPAPRP, la reclamante, en escrito de mejora del inicial, propuso la prueba de la que pretendía valerse en el curso del procedimiento, prueba que era sustancialmente testifical y que concernía a los facultativos que la atendieron. La apertura del trámite, pues, debe tener por objeto las pruebas señaladas sin que su práctica perjudique la posición de la parte por incompleta o deficiente. En este sentido, son varias las objeciones a este respecto:

A. En primer lugar, una cosa es el informe preceptivo del Servicio concernido por los hechos de los que trae causa la reclamación y otra la declaración del facultativo

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

del Servicio que intervino a la paciente. En puridad, pues, no procede que la Gerencia interese del Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Insular que, dada la preceptividad del informe que debe obrar del Servicio afectado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial y *“en consideración a la situación de incapacidad temporal del Dr. T., el mismo deberá ser emitido por ese Servicio”*. El Servicio deberá informar siempre, independientemente de que los facultativos comparezcan en el procedimiento en razón de que fueron los responsables médicos de la intervención realizada.

B. En segundo lugar, la reclamante consideró relevante el testimonio del Dr. J.T.R., que la había intervenido la primera ocasión. Como estaba en situación de incapacidad temporal y hubo de esperarse a su reincorporación, que fue seguida de una ausencia reglamentaria, su informe fue suplido por el del Jefe del Servicio de Cirugía General, lo que no procede, pues no estamos ante el informe del Servicio sino ante el del facultativo que intervino a la reclamante y *que es el único que puede informar sobre los pormenores concretos de una intervención realizada en una paciente precisa*.

C. En tercer lugar, tras la reincorporación del facultativo, éste no informa sino que se limita a cuestionar determinados aspectos formales del procedimiento y a remitirse en última instancia a su anterior informe de “4.09.2003”, que no obra en las actuaciones. Se le responde que sus objeciones formales no son procedentes y se le reenvía la historia para que informe, pero no lo hace, continuándose con los trámites. Se trata de una prueba determinante, la del informe del facultativo de la Clínica S.R., que no puede siquiera ser suplido materialmente por el inexistente informe del Servicio de la citada Clínica. Informe que fue requerido varias veces por la parte y que incluso esperó un año para que el citado facultativo expresara su parecer.

D. Por último, el que el segundo de los facultativos que fueron llamados por la reclamante al procedimiento (y que, según ésta, acertó el diagnóstico) respondiera de forma manuscrita en el reverso del oficio en el que se le requería su opinión y en la forma en que lo hizo no tiene por qué generar lesión material del derecho a la defensa de la reclamante; pero que lo hiciera en la forma lacónica en que lo realizó (*“no puedo informar”* sobre el estado actual de la paciente, *“pues la vi el 26 de abril de 2004”*, ni sobre la primera intervención quirúrgica, pues fue realizada por otro facultativo, el Dr. J.T.R.) no es aceptable. El estado actual de la paciente fue, en cualquier caso, comprobado por facultativo del Servicio de Cirugía Digestiva; *pero si*

bien es cierto que el Dr. E.B.E. no puede informar sobre la intervención del Dr. J.T.R. sí puede informar sobre la intervención que tuvo que realizar y, en concreto, sobre el estado de la paciente que motivaba su asistencia. Es justamente esto último lo que se le pregunta, y a ello tampoco se da respuesta.

2. Por lo que atañe al informe del Servicio, ya se dijo que obra el del Servicio de Cirugía del Hospital, donde se realizó la segunda intervención, no el del primer Centro, la Clínica S.R. Al margen de esto, el informe del Servicio debe tener como objeto una determinada historia clínica. Son correctas las exposiciones genéricas tomadas de la experiencia o la literatura médicas, pero deben en cualquier caso aplicarse al caso concreto, pues si no fuera así el informe del Servicio no surtiría los efectos y función que se desprenden de la legislación de aplicación. En este punto, del informe, de 6 de abril de 2005, del servicio de Cirugía se desprende que “la etiología de la fisura anal en la mayoría de los casos es desconocida. Las fisuras secundarias suelen ser debidas a complicación inflamatoria intestinal [(...) o] *cirugía anal (hemorroides y/o fístulas)*”. Seguidamente se precisa con mayor detalle que la fisura se puede producir bien por “aumento de presión esfinteriana, bien por cirugía anal previa”, a causa de que una disminución de la “irrigación en dicha zona de la mucosa” que acaba produciendo una “úlceras crónica que no epiteliza: fisura anal”. Pero no se efectúa proyección alguna sobre el caso concreto que se conoce.

3. Por lo respecta al consentimiento informado, el paciente 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”; pero el paciente debe aportar datos de “manera leal y verdadera” (art. 2.5 id.), debiendo respetarse “las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente” (art. 2.6 id.). Es el paciente el que debe decidir con “su propia y libre voluntad” (art. 4.2 id.). 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.). Asimismo, la Ley contempla la “renuncia del paciente a recibir información” (art. 9.1 id.) o proceder a la aplicación del tratamiento que fuere “sin necesidad de contar con su consentimiento”, como 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 es 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.).

Pues bien, no consta en las actuaciones el consentimiento informado de la reclamante; es más, tras la consulta de la historia clínica de la Clínica S.R. se dice expresamente que tal consentimiento no se halla en la misma. En el presente caso, la no información a la paciente y su omisión de consentimiento expreso impidió que la reclamante pudiera optar por alguna de las alternativas posibles.

4. Llegados a este punto, parece desde luego que la intervención primeramente realizada no cumplió las expectativas previstas. Continuó el dolor, se diagnosticó en abril de 2004 "lesión de colon", concretándose en "hemorroides internas y fisura", mientras que en la revisión de abril de 2007 la paciente poseía "hemorroides externas e internas", sin que ya presentara la fisura. Consta la no prestación del consentimiento y que la referida fisura se estima que puede ser consecuencia de "cirugía anal previa", como es la intervención de hemorroides. En fin, está claro el proceso posible, precisando el informe del Servicio de Cirugía del Hospital bastante al respecto, pero resulta pertinente que se emitan al respecto los informes de los médicos implicados, así como el del Servicio de Cirugía de la Clínica S.R.

En definitiva, cabe señalar, en rigor, dos posibles causas de responsabilidad en el caso que nos ocupa, en relación con el daño sufrido y su doble fuente de producción.

Por una parte, ha habido una *omisión reconocida del consentimiento informado*, que debe ser indemnizada a la reclamante de conformidad con las tablas vigentes en el momento de los hechos (2003), y no las que aplica (2006). En efecto, no procede que la evaluación haya sido hecha de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 24 de enero de 2006, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el 2007 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. De posible aplicación analógica, ciertamente (art. 141.2 LRJAP-PAC), pero el art. 141.3 LRJAP-PAC señala que la "cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad". Y a ello habrá de estarse.

Por otra parte, a la vista del razonamiento seguido a lo largo de este Dictamen (en especial, su Fundamento III), cabe presumir que la intervención no se efectuó adecuadamente, en sí misma considerada o en función de las características personales de la paciente; lo que, de confirmarse, generaría que la afectada también tuviese que ser indemnizada por este segundo concepto. Sin embargo, para el

esclarecimiento de esta cuestión se hace imprescindible retrotraer las actuaciones a fin de completar el expediente en la forma que se indica en el primer párrafo de este apartado 4, sin perjuicio de indemnizarse a la interesada inmediatamente por el concepto antes expresado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución examinada no se ajusta al Ordenamiento Jurídico, procediendo estimar la reclamación al haberse omitido el consentimiento informado de la reclamante, a quien deberá indemnizarse en la forma expuesta en el Fundamento III.4, segundo párrafo. Además, procede retrotraer las actuaciones a fin de realizar los trámites procedentes, y procedimentalmente exigibles, para determinar la existencia o no de una ulterior responsabilidad por incorrecto funcionamiento (mala praxis) de la Administración sanitaria, tal y como se señala en el último inciso del mencionado Fundamento III.4, primer párrafo.