



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de mayo de 2009.

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 L.F.J.G., en nombre y representación de R.D.T., L.D.D., S.D.D. y Y.D.D., en calidad de herederos de F.D.G., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. Técnica quirúrgica inadecuada (EXP. 170/2009 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Comunidad Autónoma. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia de este 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

Los hechos en lo que se basa la presente reclamación, según se relata en la solicitud presentada, son los siguientes:

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

El 24 de junio de 1998 M. F.D.G. sufrió una caída casual en la que se golpeó y dañó su muñeca derecha. A raíz de esta caída, le es diagnosticada una subluxación de la muñeca, por lo que el siguiente 3 de septiembre fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Universitario de Canarias mediante la técnica *Darrach*, que consiste en la escisión de la cabeza distal del cúbito, causando alta al día siguiente.

La reclamante refiere que desde ese momento viene sufriendo continuamente dolores en la muñeca que le impiden cada vez más la movilidad de la misma, extendiéndose al antebrazo y concentrándose en los dedos cuarto y quinto de su mano derecha. Consulta por esta razón a los facultativos del citado Hospital, quienes le refieren el tratamiento con *Hogueas de Guanetidina*, así como la necesidad de amputación de su mano derecha, al ser la única solución viable para los problemas que ésta sufre.

Ante la intensidad y permanencia de tales dolores, el 1 de julio de 1999 la reclamante acude a la Unidad de Cirugía de la Mano y Microcirugía en un Centro privado, al objeto de obtener una segunda opinión, emitiéndose por el facultativo consultado el siguiente diagnóstico, en informe de 1 de julio de 1999:

“- Lesión de ramas cutánea dorsal del nervio cubital que enerva la zona dorsal de la mano y probable lesión parcial a su entrada antes de pisiforme de las ramas sensitivas del cuarto y quinto dedo correspondiente al nervio cubital. Tener en cuenta que es posible que la paciente tenga como compensación el nervio mediano que sería el responsable de la actividad de la zona cubital.

- Bloqueo doloroso de la articulación RCD donde, en el estudio radiológico se puede apreciar calcificación con osteofitos y calcificación secundaria.

- Probable atrapamiento del nervio cubital lesionado a nivel de las cicatrices y actitud antiálgica de protección debido a hipoestesia y dolor a nivel del carpo. Se le realiza test diagnóstico de infiltración con lidocaína a nivel de la zona RCD, neuronas dolorosas a nivel de la rama cutánea dorsal y del cubital, presentando la paciente disminución de la sintomatología dolorosa así como aumento de los rangos de movilidad del carpo y de la pronosupinación, así como de la extensión de los dedos y de MCF”.

El anterior diagnóstico es confirmado y ampliado por el mismo facultativo, Dr. A.D.F., el 13 de julio de 1999.

En razón de los citados informes, desde el mes de julio de 1999 hasta octubre de ese mismo año, la reclamante se somete a diferentes revisiones, tratamientos e

intervenciones quirúrgicas en la mencionada Unidad de Cirugía, así como en la Clínica C.

Tales intervenciones y tratamientos han sido costeados privadamente ya que, pese a haberlo solicitado, la Dirección del Área de Salud del Servicio Canario de la Salud le denegó con fecha 2 de septiembre de 1999 la financiación del tratamiento al que debe someterse, debido a la negligente actuación de los facultativos del Hospital Universitario de Canarias.

El 4 de octubre de 1999 se le realiza un nuevo estudio en el Centro de Anatomía Patológica, en cuyo informe, realizado por el facultativo Dr. M.H., se verifica “la lesión nodular bien delimitada que padece y cuyo diagnóstico es “neuroma de amputación”.

El 29 de diciembre de 2000 acude nuevamente a la Unidad de Cirugía de la Mano y Microcirugía, en donde se le hace una nueva valoración. Tras el estudio realizado se comprueba que sólo quedaría como posibilidad de salida quirúrgica, para paliar la sintomatología dolorosa debido a la luxación de la cabeza del cúbito a nivel de la zona RCD por falta de estabilidad a nivel de dicha articulación, la realización de una artroplastia mediante colocación de prótesis metálica a nivel RCD.

Como consecuencia de las graves secuelas físicas y al verse imposibilitada de su mano derecha, privándose de poder trabajar y mermando como consecuencia su economía familiar, la reclamante entra en un estado depresivo por el que ingresa con fecha 5 de febrero de 2001 en el Hospital Psiquiátrico de Tenerife, víctima de una “descompensación psicopatológica” debido a todo el proceso somático al que ha sido sometida, permaneciendo en el mismo por un periodo de diecinueve días.

Ante la persistencia de la lesión y debido a los continuos dolores que padece y a la imposibilidad de movilidad que tiene en su mano derecha, con fecha 24 de septiembre de 2001 acude nuevamente a la Unidad de Cirugía de la Mano y Microcirugía, emitiéndose un informe médico en que se verifican las lesiones padecidas, consistentes en lesiones en los tendones extensores a nivel del cuarto y quinto dedo por sección de los mismos a nivel de la operación donde se realizó la osteotomía de *Darrach* el día 3 de septiembre de 1998.

En este informe de diagnostican igualmente las siguientes secuelas:

“- Tras un periodo de evolución de aproximadamente dos años, la paciente actualmente presenta movilidad completa del cuarto y quinto dedo, pero persiste a

nivel de la articulación radio cubital distal dificultad a la pronosupinación sobre todo si ésta es forzada con dolores a la realización de actividades de cualquier tipo que implique grip de potencia y pronosupinación de la mano, produciéndole intenso dolor, lo que se denomina Síndrome de Bell o de rozamiento del cúbito al radio con pérdida de estabilidad.

- La paciente actualmente presenta abolición completa de la función de carga de la articulación radio cubital distal, lo que implica incapacidad, como secuela de la paciente, para la pronosupinación, debiendo utilizar ortesis funcionales plásticas para evitar en parte o paliar la función de la articulación radio cubital y evitar el dolor intenso que produce dicha patología”.

La reclamante considera que la asistencia sanitaria prestada por el Centro público ha sido negligente, causándole perjuicios económicos debido a que las secuelas padecidas le impiden realizar cualquier tipo de actividad laboral, así como daños de carácter psicológico que han precisado asistencia sanitaria. Reclama como indemnización por ambos conceptos la cantidad de 32.422.530 pesetas, a la que suma 681.500 pesetas en concepto de revisiones, tratamientos e intervenciones quirúrgicas en los Centros privados. Solicita, además, la actualización de estas cantidades a la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

Aporta con su solicitud, además de los citados informes, las facturas de su tratamiento en los Centros privados y un informe correspondiente al ingreso de la paciente en el Hospital Psiquiátrico de Tenerife.

III

1. La reclamación fue inicialmente presentada por L.F.JG., en nombre y representación de M.F.D.G., quien ostenta la condición de interesada al pretender el resarcimiento de un daño cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud. Se ha producido, no obstante, su fallecimiento con anterioridad a la resolución del presente procedimiento, habiéndose continuado las actuaciones en relación con su esposo e hijos, que ostentan igualmente la condición de interesados en su condición de herederos.

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

La reclamación fue presentada el 8 de noviembre de 2001, en relación con la asistencia prestada a partir del día 3 de septiembre de 1998, si bien no se han

determinado las secuelas padecidas hasta el 24 de septiembre de 2001, por lo que no puede ser calificada de extemporánea, al no haber transcurrido el plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

El órgano competente para instruir y proponer la Resolución que ponga fin a este 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.a) 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.

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.

2.¹

3. A la vista de las actuaciones practicadas, puede considerarse que se han observado los trámites legal y reglamentariamente previstos, en especial el trámite de audiencia, pues se ha puesto de manifiesto el expediente en dos ocasiones al haberse incorporado, tras el trámite inicialmente concedido, un nuevo informe del Servicio de Inspección del que los reclamantes debían tener conocimiento. No obstante, no se ha resuelto el procedimiento dentro del plazo de seis meses legalmente establecido, estando en ocasiones paralizado sin causa que lo justifique durante más de un año, lo que ha motivado que, habiendo sido iniciado en enero de 2002, hayan transcurrido más de siete años sin haberse producido su resolución. La demora producida, sin embargo, no impide 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.

IV

1 a 3.²

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

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

4. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación. De acuerdo con lo expresado en sus Fundamentos, se considera que la intervención con la técnica de *Darrach* era la indicada para evitar la artrodesis de muñeca, sin que en ninguno de los informes médicos aportados por la interesada se haga constar que no estuviera indicada la citada intervención o que, en su caso, se cometiera por parte de los facultativos que la atendieron incumplimiento de la *lex artis*. Se sostiene además que no ha quedado acreditada la existencia de nexo causal entre la actuación sanitaria y las secuelas alegadas por la reclamante, existiendo datos en el expediente que permiten afirmar la ruptura del nexo causal por la intervención de terceros, tanto con anterioridad como con posterioridad a la intervención practicada en el Hospital Universitario de Canarias.

La reclamación se estima parcialmente porque, a pesar de que la asistencia prestada se considera correcta en los términos descritos, no consta sin embargo en el expediente el consentimiento informado de la paciente relativo a la intervención practicada, ni, en consecuencia, sobre las posibles secuelas que podrían generarse de la misma. De esta circunstancia deriva la Propuesta de Resolución la responsabilidad patrimonial parcial de la Administración sanitaria, pues la paciente padeció limitación de la pronosupinación de la muñeca y abolición de la función de carga de la articulación radiocubital distal, que sin embargo pueden ser consideradas secuelas normales, secundarias al procedimiento quirúrgico practicado.

5. El análisis de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución requiere tratar separadamente las dos cuestiones que en la misma se suscitan y que vienen constituidas, por una parte, por la efectiva adecuación de la asistencia sanitaria prestada a la *lex artis* en cuanto a los tratamientos y técnicas empleadas y, por otra, por las consecuencias que en orden a la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración presenta el hecho acreditado de que la paciente no prestara su consentimiento informado a la intervención practicada.

Como acaba de señalarse, la Propuesta de Resolución sostiene que el acto médico realizado fue correcto, tanto porque la técnica empleada resultaba indicada como porque no se ha acreditado que su práctica no lo fuera en las debidas condiciones.

Esta afirmación puede considerarse justificada a la vista de los diversos informes obrantes en el expediente, no sólo por los emitidos por los facultativos del Centro hospitalario sino también por los aportados por la propia interesada, pues en éstos, si bien se establecen las secuelas que en su opinión sufre la paciente, no se cuestiona

sin embargo la idoneidad de la técnica empleada ni se afirma que se hubiera practicado de forma contraria a la *lex artis*. En este sentido, señala el informe del Jefe de Servicio de Traumatología que la técnica de *Darrach* era la más conveniente e indicada para el proceso clínico padecido y que en la misma se utilizaron todos los medios disponibles en ese nivel asistencial, actuando en todo momento conforme a la *lex artis*. De igual forma, el Servicio de Inspección en su último informe considera que la técnica empleada era la más ventajosa para la paciente entre otras alternativas quirúrgicas. No consta pues en el expediente ninguna prueba de que la intervención practicada no fuera la indicada para tratar la patología sufrida por la reclamante ni se han objetivado daños derivados de una supuesta mala praxis.

Sin embargo, la Propuesta de Resolución no se pronuncia sobre la asistencia prestada a la paciente entre el momento en que sufrió la lesión (24 de junio de 1998) y el momento en que es ingresada en el HUC para la práctica de la intervención (27 de agosto de 1998), teniendo en cuenta lo señalado por el Servicio de Inspección, que expresamente solicita, como ya se ha relatado, información complementaria. Ni de esta información ni de la documentación obrante en la historia clínica se ha podido determinar si la paciente sufrió, además de la luxación, una fractura que no fue advertida en el Servicio de Urgencias del HUC. Ahora bien, a pesar de esta circunstancia, se requiere un concreto pronunciamiento acerca del tratamiento practicado en Urgencias en el sentido de indicar si la colocación de la férula era el tratamiento idóneo y sobre el control posterior que debía llevarse a cabo en relación con la evolución de la paciente, pues consta una única visita al Centro de Atención Especializada, indicándose en la historia clínica que se procedió a retirar la inmovilización, pero no consta resultado de exploración física, de haberse practicado, ni si se hicieron estudios radiológicos de control, si éstos resultaban pertinentes o, finalmente, si la paciente, que, como ya se ha señalado, acudió en una única ocasión al Centro, debió ser citada con posterioridad para nueva valoración. Y todo ello sin perjuicio de que en todo caso se pueda valorar la posible intervención de facultativo ajeno al Servicio Canario de la Salud en estos momentos, a tenor de la anotación en la hoja clínica de 27 de agosto de 1998, en la que se refiere que a la paciente se le había retirado la férula el día anterior.

6. Por lo que se refiere a la ausencia de consentimiento informado, de la que la Propuesta de Resolución deriva la responsabilidad patrimonial de la Administración, debe partirse de que el Tribunal Supremo de modo reiterado ha resaltado la importancia, en el ámbito de la Sanidad, de los consentimientos específicos, puesto

que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad, ya que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos (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).

Esta Jurisprudencia se ha elaborado en relación con el art. 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, cuyos apartados 5, 6 y 11, hoy derogados pero vigentes en el momento en que fue intervenida la reclamante, dieron realidad legislativa al consentimiento informado, estrechamente relacionado con el derecho de autodeterminación del paciente. Este precepto en los citados apartados establecía que toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias derecho a que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (apartado 5), a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto cuando concurren alguna de las circunstancias previstas en el propio precepto (apartado 6) y, finalmente, a que quede constancia por escrito de todo su proceso (apartado 11).

La actual regulación se prevé en 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. En concreto, su art. 8.2 determina que el consentimiento será verbal por regla general, salvo en los supuestos que el propio precepto excepciona (intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente). En cuanto a las condiciones de la información a los efectos de recabar el consentimiento por escrito, el art. 10 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, y 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.

La interpretación que el Tribunal Supremo ha venido realizando con base en lo previsto en la Ley General de Sanidad en cuanto a la exigencia de detalles en la información que ha de darse al paciente comporta dos consecuencias fundamentales:

A. La regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.

B. Esta regulación implica además que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación de funcionamiento anormal de la Administración. Por el contrario, su cumplimiento en debida forma supone que es el paciente quien asume las consecuencias derivadas de las actuaciones sanitarias, siempre y cuando éstas hayan sido conformes a la *lex artis ad hoc*.

En el presente caso, no consta, como ya se ha indicado, el consentimiento informado relativo a la intervención quirúrgica, siendo únicamente recabado el referente a la anestesia, por lo que la asistencia sanitaria no puede considerarse, en este extremo, ajustada a la *lex artis*. Se ha producido a la paciente de esta forma un daño antijurídico, pues no ha quedado constancia en el expediente que conociera las posibles alternativas terapéuticas para tratar la lesión padecida y los riesgos y posibles secuelas de cada una de ellas, de tal forma que pudiera encontrarse en disposición de elegir o rechazar las técnicas propuestas ni, en concreto, que conociera, en relación con la intervención que se le practicó, que podía producir como secuela la finalmente padecida por ella. Por ello, la Propuesta de Resolución se

considera conforme a Derecho en cuanto declara la responsabilidad patrimonial de la Administración por este específico motivo.

7. Por lo que se refiere al daño padecido, inicialmente se reclaman diversos daños físicos y psíquicos que se hacen derivar de la intervención con la técnica de *Darrach*, así como los gastos originados por el tratamiento en un Centro privado. Sin embargo, los reclamantes con ocasión del segundo trámite de audiencia que les fue concedido durante la instrucción del procedimiento consideran únicamente como daños la limitación a la pronosupinación y el dolor agudo padecido por la reclamante inicial, a los que siguen añadiendo los gastos ocasionados por el tratamiento en el Centro privado.

De acuerdo con los informes obrantes en el expediente, únicamente se consideran secuelas padecidas como consecuencia de la intervención practicada la limitación de la pronosupinación, pues las lesiones tendinosas y del nervio que se citan en los informes privados no se confirmaron objetivamente ni en la exploración de movilidad activa ni en los estudios neurofisiológicos realizados en el HUC con anterioridad a que la paciente abandonara la asistencia del Servicio Canario de la Salud, pudiendo haberse producido tales lesiones con posterioridad a la última revisión realizada en el Centro hospitalario. Además, los propios informes médicos aportados por la reclamante señalan como única secuela la citada limitación de la pronosupinación.

Por lo que se refiere a los gastos generados por la asistencia privada, no se consideran indemnizables, porque, como señala la Propuesta de Resolución, la paciente abandonó voluntariamente la asistencia sanitaria pública que se le venía prestando.

Finalmente, por lo que se refiere a los daños psíquicos y aunque los reclamantes ya no los incluyen en su pretensión indemnizatoria, tampoco resultarían indemnizables pues del informe del Centro Psiquiátrico de 23 de febrero de 2001 aportado con la reclamación inicial se deriva que éstos no son consecuencia del proceso padecido, pues el síndrome depresivo se encontraba presente en la paciente tras su último parto, gemelar, fecha en la que inicia un trastorno afectivo de características depresivas y ansiosas que persisten hasta este momento sin remisión completa, a pesar de los diversos tratamientos realizados.

Los reclamantes solicitan con ocasión del último trámite de audiencia concedido durante la instrucción del procedimiento una indemnización que asciende a la cantidad de 33.102,74 euros, resultante de aplicar el baremo establecido en la

Resolución de 17 de enero de 2008, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultan de aplicación durante el año 2008, y conforme a la siguiente valoración:

Secuelas: limitación a la pronosupinación en su grado máximo, 10 puntos. Dolor agudo, en su grado máximo, 3 puntos.

Total puntos: 12,7

Valor del punto: 842,89 euros

Factor de corrección: 10% de perjuicio económico

Incapacidad permanente parcial: 17.231,67 euros

A la cantidad resultante de este baremo (29.006,84 euros) se añade la cantidad de 4.095,90 euros en concepto de gastos de tratamiento en el Centro privado.

Por su parte, la Administración cuantifica la indemnización en la cantidad de 17.838 euros, si bien no se contiene en la Propuesta de Resolución ninguna justificación de la que resulte esta cantidad, que no coincide con la valoración efectuada por el Servicio de Inspección. Tampoco se emite pronunciamiento alguno acerca de la admisión o rechazo de la valoración efectuada por los interesados, con la única salvedad de los gastos por el tratamiento en el Centro privado.

C O N C L U S I Ó N

Se estima que resulta indemnizable la secuela objetivada, así como el dolor padecido, del que ha quedado constancia en la historia clínica, considerándose, igualmente, que deberá valorarse la limitación parcial de la ocupación o actividad habitual, aplicando para ello la valoración que resulta de la Resolución de 20 de enero de 2009, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2009 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, dado que, por tratarse del año 2009, contiene la actualización a que se refiere el art. 141.3 LRJAP-PAC.