



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 671/2009

(Sección 2ª)

La Laguna, a 23 de noviembre 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 O.D.O. por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 643/2009 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 6 de octubre de 2009, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 26 de octubre de 2009. 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 O.D.O., al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su persona como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, 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 15.1 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.

4. 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.

5. Se cumple, por otra parte, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues el escrito de reclamación se presentó el 19 de marzo de 2007, respecto de un daño derivado de una intervención quirúrgica realizada el 1 de marzo de 2007, determinándose posteriormente los daños generados.

III

1. El objeto de la reclamación que nos ocupa viene dado, según el escrito de reclamación, por la siguiente secuencia de hechos:

El 28 de febrero de 2007 el reclamante es ingresado en la Clínica P.S. para ser intervenido quirúrgicamente de la próstata, intervención que se realiza el 1 de marzo de 2007.

Con posterioridad a la operación, el paciente ingresa en la UCI, donde permanece 24 horas, pasando el día 2 de marzo de 2007 a planta. Ese mismo día recibe el alta, portando una sonda vesical.

El día 3 de marzo de 2007 (sábado) el reclamante acude a Urgencias de la Clínica P.S. para que se le retire la sonda vesical, momento a partir del cual, indica en su escrito de reclamación el interesado, no aguanta los dolores y tiene problemas para orinar.

Así pues, según el citado escrito, el paciente llama al Dr. S.I. a su consulta particular y lo remite a otro urólogo, que estaba de vacaciones hasta el día 23, comentándole la secretaria -suponemos que del Dr. S.I.- que la consulta es particular y que tendría que abonarla en efectivo.

El reclamante señala que se niega a ir a dicha consulta y continúa mal.

Así pues, al continuar mal (*"tan mal"*, según la reclamación), el día 14 de marzo de 2007 acude al Centro de Salud de Jinámar, donde, debido a la urgencia, lo remiten al Hospital Insular. Allí, se señala en la reclamación, el urólogo le comenta al reclamante que tiene problemas para sondarlo debido al resultado de una *"mala operación"*, *"ya que- según el escrito e reclamación- ni la sonda más pequeña me entraba porque tengo el uréter cerrado"*.

Finalmente, en el escrito de reclamación se indica: *"Estoy sondado hasta el 21 de marzo, que tengo consulta para ver qué solución me dan a dicha negligencia"*.

Como consecuencia de todo ello se solicita una solución a lo expuesto, así como la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, que no se cuantifica.

Respecto de la primera pretensión, ya consta en el expediente informe del Coordinador de Área de Gestión de Concertos, de la Dirección del Área de Salud de Gran Canaria, de 22 de mayo de 2007, en el que se señala: *"Puestos en contacto telefónico con el paciente el 17 de mayo de 2007, para conocer el motivo de su reclamación y tratar, si es necesario, de conseguir nueva citación en la Clínica P.S., nos comenta que está siendo tratado en el Servicio de Urología del Hospital Insular y que, de momento, no tiene interés en volver al Centro Concertado"*.

IV

1. 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, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC).

2. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

El 1 de junio de 2007 la Dirección del Área de Salud de Gran Canaria remite a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (RE 6/6/07) la reclamación del

interesado, junto con los informes del Dr. I.M.R., emitido el 9 de abril de 2007, y el informe del Coordinador del Área de Gestión de Conciertos, de 22 de mayo de 2007.

El 26 de junio de 2007 se identifica el procedimiento y se insta al interesado a mejorar su solicitud mediante la aportación de copia compulsada de su DNI, cuantificación de la indemnización requerida, proposición de prueba, información acerca de la incoación o no de Diligencias penales, con su aportación, en su caso, así como autorización para el acceso a su historia clínica. Tras recibir notificación de ello el interesado el 2 de julio de 2007, vendrá a aportar lo solicitado el 11 de julio de 2007. En este momento, además de otros documentos, facilita informe médico emitido el 9 de julio de 2007 a instancia suya por el Jefe del Servicio de Urología del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria.

Por Resolución de 16 de julio de 2007 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación del interesado. De ello recibe notificación la parte interesada el 31 de julio de 2007.

Por escrito de 26 de julio de 2007, cuyos términos se reiteran el 16 de noviembre de 2007 y el 26 de mayo de 2009, se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, que lo emite el 9 de julio de 2009.

A tales efectos, el 26 de julio de 2007 se solicitó a la Clínica P.S., así como al Hospital Insular y al Centro de Salud de Jinámar (Consultorio Local de Marzagán), la historia clínica del reclamante obrante en aquellos centros. Aquella información se remite en los días 7 y 8 de agosto de 2007.

Asimismo, el 25 de noviembre de 2008 se solicita informe al Dr. C.P., Jefe del Servicio de Urología del Hospital Insular (quien ya el 9 de julio de 2007 había emitido informe a solicitud del paciente). Tal informe se emite el 10 de diciembre de 2008.

El 14 de noviembre de 2007 tiene entrada escrito del interesado en el que pide que se impulse el procedimiento, a la vista de la dilación del mismo.

A efectos de dictar acuerdo probatorio, el 17 de julio de 2009, con recepción de notificación por el interesado en fecha 24 de julio de 2009, se solicita proposición de prueba. A este efecto, el 18 de julio de 2009 el interesado aporta nuevamente informe del jefe del Servicio de Urología del Hospital Insular, así como parte de consulta de fecha 17 de julio de 2009 con cuadro ansioso depresivo.

El 30 de julio de 2009 se dicta acuerdo sobre periodo probatorio, señalando a tal efecto la pertinencia de las pruebas propuestas, así como que, al constar todas las

pruebas ya en el expediente, se declara conclusa tal fase. De ello recibe notificación el reclamante el 5 de agosto de 2009.

El 31 de julio de 2009 se dicta acuerdo sobre trámite de audiencia, lo que se notifica al interesado el 5 de agosto de 2009.

El 10 de agosto de 2009 se dicta Propuesta de Resolución desestimando la reclamación interpuesta, mas, la misma se emitirse sin haber transcurrido el plazo para efectuar alegaciones por el interesado. En cualquier caso, no consta que posteriormente se hubieran presentado, por lo que no procede la retroacción del procedimiento.

Aquella Propuesta de Resolución se eleva a definitiva el 5 de octubre de 2009, después de haberse emitido, el 27 de agosto de 2009, informe favorable del Servicio Jurídico (si bien con alguna indicación sin trascendencia en relación con aquella Propuesta de Resolución).

V

1. En cuanto al fondo del asunto, como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión del reclamante 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 que el reclamante pretende.

Se señala en la Propuesta de Resolución, en virtud de lo recogido en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones y del resto de la instrucción del procedimiento: *"Centrada la discusión sobre la responsabilidad del servicio público en la asistencia sanitaria prestada, se hace preciso para este órgano analizar las diferentes actuaciones llevadas a cabo en el centro sanitario (Clínica P.S.)."*

A estos efectos es conveniente tener presente la descripción del proceso asistencial recogido en el informe emitido por el Dr. I.M.R.:

«1.-O.D.O., fue operado de RTU de próstata el 1de marzo de 2007 por lista de espera del Servicio Canario de la Salud, indicada dicha intervención a través de sus especialistas correspondientes.

2.-Dicha técnica lleva inherente una tasa de complicaciones del 18% según la mayor revisión en la literatura médica efectuada por Mebut. En ningún caso puede

considerarse negligencia ni mala intervención dado que es un resultado esperable en dicha técnica.

3.-En todo momento a través de la CPS se atiende cualquier urgencia derivada de una cirugía practicada en este Centro.

4.-Ninguna relación guarda la asistencia al Servicio Canario de la Salud con la práctica en consulta particular. Si algún cliente decide acudir o solicitar atención en un despacho particular es por su propia iniciativa, y no está sujeto a ningún régimen económico distinto al establecido privadamente.

5.-La resolución de incidencias, inherentes y derivadas de cirugías practicadas por el régimen contractual con el Servicio Canario de la Salud, son siempre resueltas en la Clínica P.S. siguiendo los cauces preceptivos».

Sentado lo anterior, en el presente caso se puede considerar que el facultativo actuó conforme a la Lex artis proporcionándole al paciente una información clara, precisa, personalizada y completa de la intervención a realizar, de los tratamientos alternativos y de las posibles secuelas.

Además, consta en el formulario del consentimiento informado, de manera sencilla y clara, la explicación del modo en que se le va a efectuar la intervención, las posibles complicaciones y, con referencia a las características personales del paciente.

(...) La información facilitada sobre los riesgos típicos o probables en este caso son descritos en el documento de consentimiento informado, en condiciones normales de experiencia fueron aceptadas y asumidas por el reclamante, firmando el documento antes de someterse a la intervención quirúrgica, que se practicó de conformidad con la lex artis.

En base a la aceptación del riesgo por el paciente, es por lo que se entiende que no hay lugar a declarar la responsabilidad de la Administración en el ámbito en el que se produjo la intervención quirúrgica, y ello en cuanto era uno de los efectos recogidos en el documento de consentimiento informado, como una incidencia que se podría presentar.

En cuanto a la falta de asistencia reclamada en el periodo postoperatorio, la asistencia fue correcta, constando en el informe de alta hospitalaria de fecha 1 de marzo de 2007, las recomendaciones específicas (BEBER LÍQUIDOS ABUNDANTES. ACUDIR A URGENCIAS DE CLÍNICA P.S. PARA RETIRAR SAONDA VESICAL MAÑANA. ACUDIR A SU MÉDICO DE CABECERA).

En fecha 4 de marzo de 2007 acude al Servicio de Urgencia de la Clínica P.S., por dificultad a la micción, y es atendido por la facultativa J.R.L., que, después de la exploración y realizadas las pruebas complementarias, le prescribe al paciente entre otros tratamientos recomendados (CONTROL EN CONSULTA DE UROLOGÍA), control al que el paciente no acude, ni solicita asistencia en la Clínica mencionada, ni en el Servicio Canario de la Salud hasta el 14 de marzo de 2007, donde, en ese momento, acude con un episodio de retención.

(...) Así, concluyendo, y a la vista de todo el material probatorio existente en esta vía administrativa, así como de los informes obrantes, unidos al expediente, no existe relación de causalidad alguna entre la intervención quirúrgica practicada y los hechos reclamados. Toda vez que la cirugía practicada se considera indicada y adecuada al diagnóstico y el paciente acepta y presta su consentimiento, previa cumplida información del facultativo.

Por todo lo expuesto, en el caso que se analiza, no concurren los requisitos imprescindibles para que se genere la responsabilidad objetiva de la Administración”.

2. Efectivamente, ha de concluirse la ausencia de responsabilidad de la Administración.

En este sentido, por un lado, es de destacar que en su escrito de reclamación el interesado omite una información, que consta en su historia clínica, de trascendental importancia en relación con la asistencia postoperatoria recibida por el reclamante.

Y es que, al día siguiente de habersele retirado la sonda vesical (03 de marzo de 2007), tal y como le fue indicado en el informe de alta de la intervención, el interesado acude a urgencias de la Clínica P.S., donde es atendido, tal y como se indica en los antecedentes señalados en el informe emitido por el Servicio de Inspección y Prestaciones, por presentar *“dolor abdominal y poliuria (muchas micciones de escasa cantidad). Se le practica sondaje vesical y analítica de orina. Ante estos síntomas es diagnosticado de infección de tracto urinario (ITU), pautado tratamiento y recomendado control en consulta de urología”.*

Sin embargo, no consta que el reclamante acudiera en demanda de asistencia ni de la Clínica P.S., ni del Servicio Canario de la Salud hasta el 14 de marzo de 2007, como el propio reclamante reconoce según los términos de su escrito de reclamación.

En ese momento, el 14 de marzo de 2007, es diagnosticado de retención urinaria, colocándole sonda vesical. Se presentaron nuevos episodios de retención, uno de ellos el 3 de mayo de 2007.

Posteriormente sigue controles y tratamiento por acusar trastornos miccionales, siendo todas las pruebas objetivas normales.

Así pues, en primer lugar, no puede reputarse, respecto de la actuación postoperatoria de los servicios sanitarios, ningún defecto, pues el paciente es tratado adecuadamente, mas, no siguió él la recomendación dada de acudir a consulta de urología tras el primer episodio tratado el 4 de marzo de 2007.

Respecto de que el interesado decidiera llamar a la consulta privada del médico que lo operó en la Clínica P.S., ha de decirse que es precisamente eso, una decisión voluntaria del reclamante, como lo hubiera sido el acudir a su consulta privada y pagarle, pues lo que debió haber hecho el paciente, tal y como se le recomendó el 4 de marzo de 2007, era acudir a consulta de urología, y, en todo caso, a la Clínica P.S. o a cualquier centro asistencial público, donde, sin duda, hubiera sido atendido, como lo fue siempre que acudió, tanto el 4 de marzo de 2007, como el 14 de marzo de 2007, y posteriormente en las siguientes consultas.

De hecho, se indica en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, y en el propio informe del Dr. I. de 9 de abril de 2007: *"Los procedimientos quirúrgicos realizados en centros concertados, incluyen el conjunto de prestaciones que requiera el paciente desde su admisión en el centro concertado hasta su alta definitiva, por la patología atendida, y en concreto: Las pruebas diagnósticas y terapéuticas rutinarias o especiales que era preciso realizar al paciente con anterioridad y/o posterioridad al procedimiento a que vaya a ser sometido incluido, en su caso, el estudio preoperatorio. Los costes derivados de las posibles complicaciones que puedan presentarse a lo largo de todo el proceso asistencial, tanto en la fase preoperatorio como en la intervención quirúrgica propiamente dicha y en el postoperatorio. Las reintervenciones quirúrgicas necesarias que haya que realizar al paciente, siempre que estén relacionadas con el proceso que motivó su ingreso y se realicen en un plazo de tiempo no superior a tres meses a contar desde el día siguiente de producirse el alta definitiva o, a pesar de transcurrir un plazo mayor del expresado, las complicaciones observadas deriven del proceso inicial o tengan su origen en la intervención anterior".*

Por otra parte, en cuanto a la referida "mala operación", a la que el reclamante imputa sus dolores y dificultad para miccionar, como bien ha señalado la Propuesta

de Resolución, ha de afirmarse que no ha habido tal “mala operación”, sino que los daños sufridos por el paciente son los propios de la intervención, adecuadamente realizada y expresamente consentidos por el paciente antes de realizársele la intervención. Así, se señala en la consideración “A” del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones: *“En el documento de consentimiento informado consta como efectos indeseables, tanto los comunes derivados de toda intervención y que puedan afectar a todos los órganos y sistemas, como otros específicos del procedimiento; como no conseguir mejora de calidad miccional, no poder retirar la sonda vesical permanente, si fuera portador de ella; desarrollo de una estenosis uretal que provoque una nueva enfermedad que requerirá tratamientos posteriores; incontinencia urinaria que puede ser total y permanente, parcial y permanente, total y temporal, o parcial y temporal; (...)”*.

Concluyéndose que tales consecuencias, consentidas, además se han producido habiéndose realizado la intervención quirúrgica según las técnicas habituales, no objetivándose que se produjeran maniobras intempestivas y no habiéndose demostrado, en ningún momento, que haya existido una incorrecta actuación médica o que no se hubieran extremado los cuidados debidos.

De todo lo expuesto cabe afirmar que hay título adecuado por el que el reclamante ha de soportar el daño sufrido, por no ser antijurídico ni resultado de mala praxis, pues ha habido un daño consecuencia de la intervención, no de la mala praxis médica. Y, como se ha expresado ya por este Consejo, así, entre muchos, en el Dictamen 408/2009: *“hay título más que adecuado por el que el reclamante ha de soportar el daño sufrido, por no ser antijurídico ni resultado de mala praxis, (...) ha habido un daño consecuencia de la intervención, lo que, de hecho, se refiere en el propio consentimiento informado, como posible complicación “derivada” de la intervención, no de la mala praxis médica. Y, como se ha reiterado en numerosas ocasiones por este Consejo, siguiendo la doctrina jurisprudencial al efecto (entre otras, citada en la Propuesta de Resolución), la conexión entre el perjuicio y la actuación médica no genera per se responsabilidad de la Administración, más que cuando ha habido mala praxis (...)*.

En el caso de la sanidad, ciertamente, no se está ante una actividad de resultados, sino de medios, lo cual genera en muchos casos que no se logre el resultado buscado o se logre con consecuencias no queridas pero necesarias. Así pues, dados los riesgos inherentes a toda intervención quirúrgica, no puede

imputarse al médico automáticamente su resultado negativo o no deseado, como aquí se pretende. La obligación de los servicios de salud es la de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria, porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados.

Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados satisfactorios para los usuarios, sino que 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.

*Pues bien, en relación con este punto es donde, en el caso que nos ocupa, debe entenderse que no es imputable a la Administración el perjuicio producido. Y es que, a pesar de haberse realizado la intervención conforme a la *lex artis*, se debe soportar por ést(e) el perjuicio sufrido posteriormente, pues está amparado el consentimiento informado firmado por el paciente, en el que se preveía el daño que se le causó (...).*

*Esta regulación del consentimiento informado implica que la responsabilidad por las consecuencias que puedan surgir de los posibles riesgos derivados de las actuaciones médicas, siempre y cuando se haya actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, será asumida por el propio paciente.*

Se trata, pues, de un proceso consentido originariamente por el paciente en todas sus eventuales consecuencias, por lo que no concurre uno de los requisitos esenciales de la responsabilidad patrimonial de la Administración consistente en que el daño sea antijurídico. En este caso existe una causa de justificación que obliga al perjudicado a soportar el daño, por lo que el perjuicio no es antijurídico y, por ende, indemnizable (...).

Por tanto, como se concluyera en aquel Dictamen, aquí debemos decir también que, estando es esta línea la Propuesta de Resolución, es conforme a Derecho. Lo que, además, se predica de la Propuesta de Resolución respecto del tratamiento postoperatorio, que, según se ha justificado, también fue adecuado a la *lex artis*, sin que del mismo pueda tampoco deducirse responsabilidad patrimonial de la Administración.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, debiendo desestimarse la pretensión del reclamante.