



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 470/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de julio de 2010.

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.O.M.H., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 413/2010 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un 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 de la solicitud 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. M.O.M.H. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por la rotura durante una intervención quirúrgica de un puente fijo de 5 piezas dentales, con pérdida de dos de estas piezas en el curso de la operación y aflojamiento de las restantes con posterioridad. En trámite de mejora de su solicitud

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

inicial aporta un presupuesto de una clínica privada para la colocación de implantes dentales por importe de 9.832 euros, cantidad que se solicita como indemnización.

2. La reclamante ostenta la condición de interesada al pretender el resarcimiento de un daño de carácter personal cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por el Servicio Canario de la Salud.

Se cumple por otra parte 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.

3. La reclamación ha sido presentada el 24 de abril de 2008, en relación con la asistencia sanitaria prestada el día 16 del mismo mes y año, por lo que no es extemporánea (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).

4. 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 15.1 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.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado SCS, 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.

III

Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones:

La reclamación fue presentada por la interesada el 24 de abril de 2008 en el hospital General de Fuerteventura, con entrada en la Secretaría General del Servicio Canario de La Salud el día 26 de septiembre de 2008.

El 9 de octubre de 2008 se remite escrito a la interesada en el que se comunica el procedimiento a seguir y su plazo, el número de expediente y los efectos del silencio administrativo, al propio tiempo que se requiere, a los efectos de

subsanación de su solicitud, la aportación de la copia compulsada de su DNI, la especificación de las lesiones producidas y de su presunta relación de causalidad con el funcionamiento del servicio, cuantificación de la reclamación, proposición de prueba y autorización expresa de acceso a los datos obrantes en su historia clínica por los profesionales que, por razón de sus funciones, tengan necesidad de ello durante la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

La interesada aporta en el plazo conferido la documentación solicitada.

El 24 de octubre de 2008 se dicta Resolución por la que se admite a trámite la reclamación, se ordena el inicio del procedimiento y se comunica a la interesada que con la misma fecha se solicita a través del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia (SIP) el informe del Servicio cuyo funcionamiento ha causado la presunta lesión indemnizable, con suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento hasta la recepción del referido informe y, en todo caso, por un plazo máximo de tres meses.

Esta Resolución fue debidamente notificada a la interesada.

El SIP emite informe el 12 de diciembre de 2008, en el que se considera correcta la asistencia sanitaria prestada a la paciente. Se adjunta a este informe copia de la historia clínica de la reclamante, así como el informe del Jefe del Servicio de Anestesiología del Hospital General de Fuerteventura.

El 22 de diciembre de 2008 se remite escrito a la interesada a los efectos de que aporte las pruebas concretas de las que intente valerse o manifestación expresa de que no propondrá prueba alguna. En su contestación, la reclamante se remite a las ya aportadas en el expediente.

El 16 de enero de 2009 se adopta Acuerdo por el que se abre periodo probatorio, incorporándose como prueba documental los informes recabados por la Administración. No obstante, dado que la interesada no ha propuesto prueba expresa y toda vez que la aportada por la Administración se trata únicamente de prueba documental que ya se encuentra incorporada al expediente, no se abre plazo especial para su aportación, por lo que se procede a ordenar que se pase al siguiente trámite procedimental.

El 19 de enero de 2009 se acuerda la concesión del trámite de audiencia, presentando alegaciones la interesada en el plazo concedido al efecto en las que solicita, además de la cantidad consignada en el presupuesto aportado, una

indemnización de 3.000 euros en concepto de daños morales sufridos por la tardanza del procedimiento.

El 16 de julio de 2009 se elabora Propuesta de Resolución (PR) por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud en la que se propone la desestimación de la reclamación, solicitándose al día siguiente el informe del Servicio Jurídico, que se emite el 3 de agosto.

En este informe se estima que ha de solventarse la contradicción que se observa entre los daños por los que se reclama (rotura del puente fijo que tenía cinco piezas) y los que señala la Administración (ruptura de la funda dentaria del incisivo superior derecho), a cuyos efectos ha de recabar informe al Servicio de Odontología sobre la asistencia que le fue prestada a la paciente en el que se indique si sólo se detectó el daño por el que fue tratada o por el contrario otros, sobre los cuales deberá pronunciarse si se debe o no a una mala praxis médica derivada de la mencionada intervención.

El 3 de agosto de 2009 se requiere al SIP a los efectos de que se recabe el informe del Servicio de Odontología.

El SIP emite entonces informe en el que indica que la circunstancia de que el puente dentario esté constituido por cinco piezas no implica que el apoyo del abrebocas rompiera las cinco piezas y que, de hecho, sólo se describe en la historia clínica la ruptura de la funda dentaria del incisivo superior. Este hecho, añade, está en concordancia con la revisión efectuada por el Odontólogo que atendió a la paciente en el Centro de Salud.

Se acompaña a este informe el emitido por el citado Odontólogo, así como copia de la documentación obrante en su consulta relativa a la paciente.

El 2 de marzo de 2010 se otorga nuevo trámite de audiencia a la interesada, que presenta alegaciones durante el plazo concedido en las que solicita la resolución del procedimiento.

El 20 de abril de 2010 se elabora nueva Propuesta de Resolución de carácter desestimatorio, requiriéndose informe al Servicio Jurídico, que se emite con carácter favorable el 19 de mayo de 2010.

El 27 de mayo de 2010 se elabora la definitiva Propuesta de Resolución, solicitándose seguidamente el Dictamen de este Consejo.

IV

A la vista de las actuaciones practicadas no puede considerarse que se hayan observado los trámites legal y reglamentariamente previstos, pues no se ha recabado el informe del Servicio que presuntamente ha causado la lesión por la que se reclama.

Por parte del SIP se solicitó únicamente informe al Servicio de Anestesiología, pues en la historia clínica de la paciente se encontraba ya incorporado un informe del jefe de Servicio de Otorrinolaringología, emitido a solicitud de aquélla, en el que se hace constar la rotura de la pieza dental durante el acto quirúrgico. Ahora bien, el primero de los citados deja constancia que el citado daño no fue consecuencia de las maniobras de intubación necesarias para la anestesia, sino del propio acto quirúrgico. En el informe emitido por el Servicio de Otorrinolaringología no se realiza valoración alguna acerca de las condiciones en que se realizó la intervención, lo que se considera necesario, como después se dirá, para estar en condiciones de valorar la adecuación de la asistencia sanitaria a la *lex artis* y, en definitiva, para estimar o no conforme a Derecho la desestimación de la reclamación que se propone.

Por otra parte, no se ha cumplido el plazo legalmente previsto para resolver. 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.

V

1. En cuanto al fondo del asunto, consta acreditado en el expediente que la reclamante, en el curso de una amigdalectomía practicada el 16 de abril de 2008, sufrió la rotura de la funda dentaria del incisivo superior derecho por presión del abrebocas.

La paciente firmó los consentimientos informados relativos a esta intervención y a la anestesia. En este último, además de señalarse que se procedería a la intubación de la tráquea, expresamente se hizo constar entre los riesgos típicos de la anestesia que *"excepcionalmente, la introducción del tubo puede resultar difícil y, a pesar de hacerlo con cuidado, se podría dañar algún diente"*. Por su parte, en el documento firmado en relación con la amigdalectomía se incluyó como uno de los riesgos específicos más frecuentes de este procedimiento *la posibilidad de que se produzca una edentación -pérdida de alguna pieza dentaria- de manera accidental*.

La intervención como se ha señalado se llevó a cabo el 16 de abril de 2008. En la hoja de anestesia correspondiente a esta intervención se hizo constar: *Fundas incisivos superiores. IOT sin problemas. Durante la cirugía se cae funda por presión del abrebocas. Se guarda pieza para dársela al paciente.*

La paciente fue remitida desde el Servicio de Otorrinolaringología al de Odontología. Consta en el expediente que el 30 de abril de 2008 acudió a consulta en el correspondiente Centro de Salud, donde se le pauta la realización de una ortopantomografía. A la exploración se observa *fractura del 1.2 que aguantaba a un 1.1.A extensión, sin D vertical (dimensión vertical); Mal diseño de la prótesis???*

El 9 de junio de 2008 acude de nuevo a consulta de Odontología, una vez realizada la citada prueba y se elabora informe en el que se indica que *tras el estudio radiológico y clínico se recomienda la exodoncia de la pieza fracturada y la colocación de una prótesis removible o un implante. Las dos soluciones son perfectamente viables.*

2. La Propuesta de Resolución, con fundamento en estos informes, desestima la reclamación al considerar que no concurren en el presente caso los requisitos imprescindibles para que se genere la responsabilidad de la Administración, ya que la interesada asumió el riesgo de la eventual rotura de su dentadura en el documento de consentimiento informado y no se ha acreditado que la actuación sanitaria haya supuesto una violación de la *lex artis* en el tratamiento de su patología.

Al respecto, y en lo que se refiere al consentimiento informado, es necesario tener en cuenta que el Tribunal Supremo de modo reiterado ha resaltado la importancia, en el ámbito de la sanidad, de los consentimientos específicos, puesto que solo 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, 16 de enero de 2007, entre otras).

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 determina en su art. 8.2 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, 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. Esta regulación legal implica, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, 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, constan, como se ha indicado, los consentimientos informados firmados por la reclamante en los que se indica el riesgo genérico del daño de alguna pieza dental consecuencia de las maniobras de intubación o de la propia intervención.

Informa en este sentido el Jefe del Servicio de Anestesiología que en la consulta preoperatorio de anestesia la paciente fue valorada en relación con las condiciones de intubación mediante la inspección de la cavidad bucal, extremo éste que resulta confirmado por la propia reclamante en su solicitud inicial. La valoración realizada, se indica en este informe, de acuerdo con la clasificación de Mallampati, fue de grado I (buenas condiciones de intubación porque a la apertura bucal se aprecian pared posterior de faringe, úvula, paladar duro y blando claramente visibles). Se constató la presencia de un puente dentario no removible en forma de fundas dentarias en hemiarcada superior derecha y se propuso a la paciente para anestesia general con intubación orotraqueal. Se añade que en el consentimiento informado para la intervención quirúrgica para la anestesia general se especifica la posibilidad de daño a dientes durante la intubación en caso de intubación dificultosa y que a paciente estuvo de acuerdo con el consentimiento leído y explicado suficientemente y aceptó la intervención bajo anestesia general con intubación.

Los documentos obrantes en el expediente permiten efectivamente considerar, como aprecia la Propuesta de Resolución, que la paciente recibió información adecuada acerca de la posibilidad de daño de alguna pieza dental durante la intervención quirúrgica. Tuvo pues conocimiento de las complicaciones propias de la intervención quirúrgica, de tal forma que se encontraba en disposición de elegir o rechazar la técnica propuesta por razón de sus riesgos y decidió someterse a la misma, asumiendo así las posibles consecuencias derivadas de la actuación sanitaria, lo que excluye pues la antijuridicidad del daño por ausencia de información en los términos legalmente exigidos.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la exoneración de responsabilidad de la Administración requiere, no sólo que se haya prestado información a los pacientes en los términos previstos en la Ley 41/2001, sino que el riesgo descrito se haya concretado a pesar de que la asistencia sanitaria fuera correctamente prestada, pues de otro modo se admitirían supuestos de exoneración en los que el acto médico no ha sido ajustado a la *lex artis*. El consentimiento informado no justifica pues cualquier daño que pueda padecer la paciente por ser un riesgo previsto en el mismo sino únicamente aquellos que se producen a pesar de que la asistencia fue prestada en debidas condiciones.

Sobre este extremo la Propuesta de Resolución no contiene fundamentación alguna que permita considerar la adecuación a la *lex artis* sostenida, ni los informes médicos obrantes en el expediente, por incompletos, permiten alcanzar sin duda esta conclusión.

En este sentido, el informe del Jefe de Servicio de Anestesiología acredita que la maniobra de intubación no causó el daño por el que se reclama, pues se realizó sin ninguna complicación. La rotura de la pieza dental se produjo con posterioridad durante el acto quirúrgico. Según explica en su informe, el otorrinolaringólogo procede a la preparación del campo estéril mediante entallado, extensión cervical y colocación del artilugio quirúrgico llamado abre bocas, que mediante apoyos almohadillados en las arcadas dentarias superior e inferior y un soporte torácico permite mantener la boca suficientemente abierta y el cuello en extensión, todo ello necesario para realizar la intervención. Es en estas maniobras de apertura de la boca cuando se constata la caída de una funda por presión del abre bocas, tal como se hizo constar en la hoja de anestesia.

En el expediente sin embargo no consta ningún informe que acredite que las maniobras descritas se realizaron en modo adecuado y conforme a la práctica médica

pues el emitido por el Servicio de Otorrinolaringología al haberlo solicitado la paciente se limita a la reproducción de los hechos acaecidos, sin contener valoración alguna sobre la adecuación a la *lex artis* de la técnica practicada. En estas condiciones no puede considerarse acreditado en el expediente que el daño padecido sea una consecuencia inevitable que se hubiera producido aún en el caso de extremar las precauciones.

Se estima necesario en consecuencia la retroacción del procedimiento a los efectos de recabar el informe del Servicio de Otorrinolaringología acerca de las condiciones en que fue practicada la maniobra de apertura de la boca. Una vez emitido éste procederá la concesión de un nuevo trámite de audiencia a la interesada y la elaboración de una nueva Propuesta de Resolución, que habrá de ser dictaminada por este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, debiendo procederse, para poder determinar la conformidad o no con la misma, según se indica y razona en el Fundamento V.3.