



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 711/2010

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de octubre 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 R.M.M.H., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 665/2010 IDS)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de Dictamen, de 10 de agosto de 2010, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 1 de septiembre de 2010. 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 R.M.M.H., 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 9 de noviembre de 2007, respecto de un daño cuyas secuelas han quedado determinadas el 9 de agosto de 2007.

### III

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

*“El día 7 de noviembre de 2004 fui ingresada en el Servicio de Cirugía General y Digestivo siendo intervenida de un lipoma en brazo izquierdo el día 8 y dada de alta el 9 del mismo mes. Ese mismo día tras la intervención observé que no podía levantar la mano, así como un intenso dolor en la misma, de lo que informe a la enfermera.*

*Como consecuencia de la intervención quirúrgica se me produjo una parálisis del nervio radial del brazo izquierdo, tal como consta en el informe de alta.*

*A los 9 días de la intervención fui atendida en el Servicio de Rehabilitación por el Dr. O. que confirma el diagnóstico de parálisis del nervio radial u me indica tratamiento rehabilitador, que no mejoro la situación de la mano izquierda.*

*El 12 de noviembre de 2004 fui derivada por el Servicio de Cirugía General del Hospital General de Fuerteventura al Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria, donde no se me da ninguna alternativa para recuperar el movimiento de la mano.*

*El 25 de enero de 2005, por un especialista en Neurofisiología, se me realiza un estudio neurofisiológico cuya conclusión es neuropatía radial izquierda a nivel de arcada esporoidea, axonal, de carácter muy severo, lo que confirma el diagnóstico anterior.*

*El 27 de julio de 2005 fui enviada, tras solicitud de segunda opinión, al Hospital V. donde fui intervenida realizándose reconstrucción del nervio radial mediante injerto del nervio sural sin experimentar mejoría en la parálisis ni del dolor.*

*A fecha 11 de julio de 2007, es decir 31 meses después de producirse la sección de nervio y de mantener un intenso tratamiento rehabilitador, tal y como consta el Informe del Facultativo Especialista Rehabilitador, Dr. O. la lesión neurológica se ha convertido en irreversible.*

*El 9 de agosto de 2007 es considerada la lesión del nervio radial con secuela definitiva e irreversible, por la Unidad de Cirugía de Mano del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria.*

*Es indiscutible la relación causa y efecto entre la intervención del lipoma del miembro superior izquierdo, efectuado el 7 de noviembre de 2004 y la situación de parálisis del nervio en la que me encuentro en la actualidad”.*

Por todo lo expuesto se reclama una indemnización de 470.000 euros.

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

2. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

El 12 de noviembre de 2007 la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de Fuerteventura remite a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (RE

19 de noviembre de 2007) la reclamación de la interesada, presentada allí el 9 de noviembre de 2007.

El 22 de noviembre de 2007 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación. Tras recibir notificación de ello la interesada el 10 de diciembre de 2007, vendrá a aportar lo solicitado el 13 de diciembre de 2007.

Por Resolución de 7 de febrero de 2008 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de la interesada, recibiendo ésta la pertinente notificación el 16 de febrero de 2008.

Por escrito de 7 de febrero de 2008, cuyos términos se reiteran el 3 de noviembre de 2008 y el 5 de junio de 2009, se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, que lo emite el 14 de agosto de 2009.

A tales efectos, el 22 de junio de 2009 se solicitó informe al Dr. L., Jefe del Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital General de Fuerteventura, quien emite tal informe el 6 de julio de 2009. Asimismo, el 8 de julio de 2009 se solicita informe complementario de aquél, que se viene a emitir el 20 de julio de 2009.

El 12 de febrero de 2008 se solicita la historia clínica de la reclamante obrante en el Hospital General de Fuerteventura así como en el Centro de Salud al que pertenece la paciente, remitiéndose todo ello el 3 de marzo de 2008.

Además, el 13 de febrero de 2008 se solicita al Hospital V. (Barcelona) la historia clínica de la reclamante obrante allí. Ésta se remite el 13 de marzo de 2008.

Igualmente, con fecha 13 de febrero de 2008 se insta al Complejo Hospitalario Insular Materno Infantil la historia clínica de la reclamante custodiada allí, viniendo este Centro a enviarla el 19 de febrero de 2008.

El 24 de noviembre de 2009 se emite Propuesta, por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo indemnizatorio, por cuantía de 8.097,30 euros, con la terminación convencional del procedimiento. De ello recibe notificación la interesada el 9 de diciembre de 2009.

El 12 de enero de 2010 la reclamante presenta escrito manifestando su oposición a la cuantía indicada, proponiendo la de 60.000 euros para la finalización convencional del procedimiento.

A la vista de tal escrito se solicita, el 8 de marzo de 2010 nuevo informe al Servicio de Inspección y Prestaciones para que se pronuncie acerca de la cuantía

propuesta por la interesada, emitiendo, a tal efecto, informe tal Servicio el 9 de marzo de 2010 en el que se muestra conforme con aquélla.

Así, el 17 de mayo de 2010, se remite a la interesada nueva propuesta de acuerdo indemnizatorio elevada el día 13 de mayo de 2010 por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la cuantía de 60.000 euros por ella propuesta.

La interesada, en escrito con registro de entrada de fecha 2 de junio de 2010, manifiesta su conformidad con la propuesta y solicita que se agilicen los trámites procedimentales.

El 17 de junio de 2010 se emite Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, en el sentido señalado, y se solicita informe al Servicio Jurídico al respecto.

Por el Servicio Jurídico, en su informe de 13 de julio de 2010 se pone de relieve la ausencia de justificación en el cambio de cuantía entre las propuestas indemnizatorias, por lo que se insta a que se solicite informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones.

Aquel informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones, que se solicitó el 22 de julio de 2010, se emite el 6 de agosto de 2010, mas no consta en el expediente que se remite a este Consejo, si bien se transcribe el mismo en la Propuesta de Resolución de 9 de agosto de 2010.

## V

1. En cuanto al fondo del asunto, como se ha indicado, la definitiva Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio sometida a nuestro Dictamen plantea que *"(si bien) no cabe apreciar indicios de mala praxis médica ni en la intervención quirúrgica a la que fue sometida la paciente, ni en la atención sanitaria que le fue dispensada con posterioridad (...) y a pesar de realizar una técnica correcta, la consecuencia del hecho es la lesión accidental del nervio radial"*. Ello, unido a que *"hubo consentimiento informado con un modelo general y genérico en el que advertimos la ausencia de apartado que especifique la autorización del paciente para realizar cualquier técnica imprevista y por tanto asumiendo la posibilidad de aparición de otras complicaciones"* lleva a concluir que *"procede indemnización por la falta de inclusión en el consentimiento informado de comentario acerca de la posibilidad de presentarse cualquier complicación que obligue a la practica de otra técnica"*.

La definitiva Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio reproduce, y parece asumir, el Informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones que expresa la sorprendente opinión de que *“se tenía que haber barajado la posibilidad de interrupción de la intervención e informar del alcance de las complicaciones. Teniendo en cuenta la circunstancia anterior, podía haberse postergado la cirugía y la paciente hubiese considerado la nueva situación; dando posiblemente el mismo resultado de intervenirse”*.

En todo caso, y a partir de estos hechos, la Propuesta que se somete Dictamen de este Consejo estima que *“la falta de información cuando se ha producido un resultado dañoso por materialización de un riesgo, que no pudo ser voluntariamente aceptado es, de conformidad con la jurisprudencia, infracción de lex artis y convierte en este caso el daño producido en antijurídico, lo que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

En lo relativo a la cuantía de la indemnización, se acepta la propuesta por el Servicio de Inspección y Prestaciones, que accede a la propuesta de la reclamante de fijar convencionalmente la de 60.000. En su Informe complementario, el aludido Servicio señala que *“el cambio obedece a que, a pesar de que el informe del Cirujano es claro, en cuanto a la predisposición en la preservación del nervio radial, el Consentimiento Informado es generalizado para este caso en concreto, en el que en la resonancia magnética efectuada se objetiva su adherencia a partes óseas (apartado indemnizado en el informe inicial)”*. Y añade: *“El cambio, por tanto, obedece: a la reevaluación de los hechos acontecidos teniendo en cuenta otros parámetros de valoración, considerando que a la paciente se le restó la oportunidad de rechazar la intervención quirúrgica, el objeto del trámite de audiencia, la no existencia de baremo establecido para la responsabilidad patrimonial”*.

2. A partir de la información contenida en el expediente, este Consejo ha de entrar a valorar la corrección jurídica de la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio que se somete a nuestra consideración.

En primer lugar, ha de concluirse que hay responsabilidad por parte de la Administración, pues concurren todos los elementos de ésta. Se ha demostrado el daño y su relación causal con la actuación sanitaria, si bien, por la vía de la deficiencia en el consentimiento informado, que conforma la *lex artis*. Y es que, de haberse realizado aquél adecuadamente, y de haberse intervenido aún así a la paciente tras haber aceptado ésta ser operada con los riesgos que ello implicaba en

su persona, el perjuicio físico hubiera sido el mismo, tal y como concluye el informe del Cirujano.

No obstante, sigue sin quedar debidamente justificado en la Propuesta de Resolución, que se funda en el informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones, el por qué del cambio en la cuantía de la indemnización. Propiamente, la deficiencia en el consentimiento determina la existencia de responsabilidad sanitaria no por tratarse del mero incumplimiento de una cuestión formal, sino por las consecuencias que ello genera en la formación de la voluntad de los pacientes a la hora de ser intervenidos. Pero ello no es especial en este caso; es así siempre. El consentimiento incompleto invalida la voluntad del paciente, por lo que el daño se convierte en antijurídico y, por ende, indemnizable. Así, ésta es la razón de que exista responsabilidad, pero no la razón que mide la cuantía indemnizatoria en cada caso concreto, donde son otros los factores que concurren a ello: la entidad del daño, las posibilidades reales del paciente de optar por ser o no intervenido (no es igual una operación estética que curativa, ni paliativa), así como otros parámetros.

Pues bien, en este caso nos encontramos con que el informe del cirujano señala que en el campo operatorio se observa la situación del tumor en relación con el músculo, quedando englobado en él el nervio que fatalmente se seccionó. Añade a ello que era imprevisible esta situación por no poder verse en la resonancia magnética (en la misma se veía: *"tumoración parcialmente adherida al húmero con consistencia lipomatosa"*).

Asimismo, en las conclusiones del informe del Servicio, derivadas de la información del expediente, se señala, entre otras cosas: *"existe una clara indicación quirúrgica por el rápido crecimiento (de la tumoración del brazo izquierdo con aumento de tamaño y sensación de pesadez del miembro)"*. Tras la intervención se analiza y se concluye que es un lipoma.

Si bien es cierto que muy probablemente la paciente hubiera consentido igualmente la intervención de haberse dado esta opción en el consentimiento, se trata de una valoración subjetiva que no se puede corroborar en el momento actual, siendo que, el resultado ante el que ahora nos hallamos es el de una lesión irreversible que impide a la reclamante llevar la vida que llevaba antes de la intervención, pudiendo haber evitado que así fuera (con independencia de que lo hubiera hecho, cosa que no se sabrá, como tampoco se sabrá si no se hubiera

seccionado el nervio de haber postergado la intervención una vez conocida la situación del campo operatorio al que los cirujanos se iban a enfrentar).

Ha de añadirse a ello que la paciente hubo de someterse a otra intervención en Barcelona, a donde fue derivada por el Servicio Canario de la Salud, tras solicitar la paciente una segunda opinión. Allí se le reconstruyó el nervio radial mediante injerto del nervio sural, pero no hubo mejoría. Esta intervención se realizó el 27 de julio de 2005, y la anterior el 7 de noviembre de 2004. Entretanto, la paciente fue atendida por la Unidad del Dolor del Hospital Insular, lo que acredita la existencia de sufrimientos y penalidades derivadas del tratamiento recibido. Posteriormente ha estado sometida durante años a rehabilitación, sin haber logrado recuperar la movilidad perdida.

Todo ello debe llevar a considerar además del daño en la mano, consistente en parálisis y dolor, los daños añadidos por el sometimiento a una segunda intervención infructuosa, con la consiguiente frustración de las expectativas de curación de la paciente, y la misma frustración tras los tratamientos de rehabilitación, pues finalmente, el 9 de agosto de 2007 se informa de que la lesión del nervio radial es una secuela definitiva e irreversible, sin que la paciente pueda recuperar la movilidad en la mano izquierda.

Todos estos factores se deben reconducir, a falta de criterio específico de indemnización en estos casos, a las tablas aplicables por analogía, que son las de accidentes de circulación. En este sentido debemos volver al primer informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, en el que se señala que la indemnización por lesión del nervio radial es de 68.044,62 euros, si bien, concluyó en aquel momento que sólo debía indemnizarse en el 10% de esa cantidad, con su correspondiente actualización, por tratarse de una responsabilidad derivada de deficiencia en el consentimiento.

Por tanto, puesto que existe responsabilidad plena de la Administración, pues se ha infringido la *lex artis* y los daños de la paciente se corresponden con todos los posibles que genere la lesión del nervio radial, debería aplicarse la indemnización establecida en las tan mencionadas tablas, al efecto con su actualización. Ahora bien, estas tablas no son de aplicación obligatoria sino en los supuestos para los que se crearon, esto es, para los accidentes de circulación, no siendo sus indemnizaciones vinculantes para la Administración, si bien, en la práctica se usan de manera indicativa.



Es ésta la razón por la que la cuantía de 60.000 euros, solicitada en fase de acuerdo indemnizatorio por la interesada, y aceptada por la Administración, máxime, siendo acorde con la establecida para supuestos semejantes en las tablas antes indicadas, se estima adecuada en este caso.

Por todo lo expuesto, entendemos que la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio es conforme a Derecho, pero debe aclararse correctamente en la misma la razón de la aceptación por parte de la Administración de la indemnización solicitada por la interesada, llegando con ello a una terminación convencional del procedimiento.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio por el que se pretende terminar convencionalmente este procedimiento es conforme a Derecho, si bien debe justificarse adecuadamente la misma en los términos señalados en el presente Dictamen.