



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 1 7 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de febrero de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por S.E.A., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 42/2011 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero 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 Consultivo 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 (RPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. El procedimiento se inicia mediante la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentada por S.E.A. como consecuencia de la rotura de una pieza dentaria durante una intervención quirúrgica. Así, se indica por la reclamante en su escrito inicial: *"Fui intervenida en este Hospital (con relación*

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón

al Hospital Universitario Materno Infantil de Canarias) *el día 14 de una histerectomía y en quirófano me partieron el diente frontal, por esta acción reclamo que me indemnicen*".

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 (SCS). 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 fue presentada el 20 de octubre de 2008, en relación con la asistencia sanitaria prestada el día 14 del mismo mes y año, por lo que no es extemporánea (art. 142.5 LRJAP-PAC).

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del SCS, 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 SCS.

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

1. En la tramitación del procedimiento se han observado los trámites legalmente exigibles. No obstante, se ha superado el plazo de resolución, que es de seis meses, conforme resulta de aplicar los arts. 42.1 LRJAP-PAC y del RD 429/1993. Subsiste, sin embargo, la obligación de resolver, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivar de la falta de cumplimiento del plazo (art. 42.7 LRJAP-PAC).

2. Constan practicadas, concretamente, las siguientes actuaciones:

- El 20 de octubre de 2008 la interesada presenta escrito de reclamación en impreso de reclamaciones en el ámbito sanitario. Tal escrito tiene entrada en el

registro de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud el 24 de marzo de 2009.

- El 20 de abril de 2009 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, cuantificación de la reclamación, si fuera posible, 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 la documentación solicitada el 21 de mayo de 2009, si bien no se cuantifica la lesión.

- El 26 de mayo de 2009 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 y Prestaciones 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.

- El Servicio de Inspección y Prestaciones emite su informe el 18 de diciembre de 2010, en el que se considera correcta la asistencia sanitaria prestada a la paciente por haberse previsto en el consentimiento informado firmado por la reclamante el daño causado. Asimismo se señala que figura en el cuestionario de consulta de anestesia: "la introducción del tubo hasta la tráquea puede entrañar alguna dificultad y a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente". Se adjunta a este informe copia de la historia clínica de la reclamante, así como informe del Facultativo del Área de Anestesiología y Reanimación del Hospital Universitario Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria.

- Mediante escrito de 7 de mayo de 2010, se requiere a S.E.A., para que aporte proposición de las pruebas de que intente valerse, con objeto dictar el correspondiente acuerdo probatorio. A tal efecto, la interesada propuso la práctica de prueba testifical, mediante escrito de 24 de mayo de 2010.

- Así pues, se dictó acuerdo probatorio el 26 de mayo de 2010, por el que se admiten las pruebas propuestas por la interesada y por la Administración, siendo notificado dicho acuerdo a la reclamante el 3 de junio de 2010, levantándose actas de práctica de prueba testifical, en las siguientes fechas: C.M.Q.: 22 de junio de

2010; Y.A.Q.: 22 de junio de 2010; Y.M.V.: 25 de junio de 2010; M.A.C.: 25 de junio de 2010; E.Q.M.: 5 de julio de 2010. El 6 de julio de 2010 se remite copia de las actas de práctica de prueba testifical a la reclamante a efectos de que realice las alegaciones oportunas, mas no consta alegación alguna.

- El 24 de agosto de 2010 se acordó el preceptivo trámite de audiencia, haciendo entrega a la reclamante, en fecha 3 de septiembre de 2010, de la documentación obrante en el expediente.

- El 10 de septiembre de 2010, se presenta escrito de alegaciones por la interesada en el que formula las siguientes:

“El Sr. (...) (Anestesista), jamás me informó que corría riesgos de alguna pérdida dental si se me intubaba, cabe destacar que lo único que se me informó que debía hacerme una transfusión de sangre antes de intervenirme por padecer anemia en ese momento esa fue toda la información que recibí en ese momento, quiero aclarar que el hecho de tener una prótesis dental en ese momento mi dentadura estaba en perfecto estado ya que tenía varias tapaduras en las muelas que en mi país las ponen de un material diferente al que se usa aquí.

Debo aclarar que en el cuestionario que rellené de anestesia no aclara que el consumo de alcohol no es frecuente que sólo suelo beber algún los fines de semana y a veces lo que significa que lo que aduce el Sr. (...) no es cierto la rotura de mi pieza dental fue por no tener los cuidados debidos ya que vuelvo a repetir mi dentadura estaba en prefecto estado y sobretodo ese diente que perdí no estaba en ningún mal estado como lo alega el Sr. Anestesista.

Y por último aclaro que mi consulta ese día no duró más de diez minutos. Ud. me dirá si en ese tiempo puedo recibir dicha información”.

- El 22 de noviembre de 2010 se elabora Propuesta de Resolución de carácter desestimatorio, requiriéndose informe al Servicio Jurídico, que se emite con carácter favorable el 20 de diciembre de 2010, elaborándose el 21 de diciembre de 2010 Propuesta de Resolución definitiva que es sometida a Dictamen de este Consejo.

IV

1. La Propuesta de Resolución, con fundamento en el informe de Inspección y Prestaciones, 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

alguna pieza dentaria 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.

Así, señala la PR:

“Examinados los hechos y razonamientos anteriores, siendo valorados en su conjunto, no se considera correctamente acreditada la necesaria relación causal entre la actuación médica y el resultado que se dice lesivo, en base a:

1. Cuestionario de preanestesia del Servicio de Anestesiología del Hospital Universitario Materno Infantil de Canarias, donde se hace constar que el estado bucodental de S.E.A. era deficitario por dentadura postiza y falta de dientes, en lugar de “perfecto”, como señala la interesada en su escrito de alegaciones.

2. Documento de Consentimiento informado para la anestesia, donde figura como riesgo típico de una anestesia general, el daño de algún cliente.

3. Gráfica de anestesia correspondiente a la intervención practicada a S.E.A. el 14 de octubre de 2008, donde se recoge: “OIT difícil. Boca previa en muy mal estado, se astilla un diente”

4. Informe del Dr. D. (...) R.R., por el que se hacen constar una serie de dificultades añadidas al acto de intubación, acaecidas en S.E.A., y un mal estado bucodental previo a la intervención.

De las actas levantadas durante la práctica de prueba testifical a los testigos propuestos por S.E.A., a tenor de las preguntas formuladas por la interesada, puede deducirse:

Que, en opinión de los testigos, el estado de la dentadura de S.E.A. era bueno.

Que durante la intervención quirúrgica, perdió una pieza dental.

Que esta circunstancia fue puesta en conocimiento de los familiares de S.E.A., nada más terminar la intervención, por un Facultativo.

Estas afirmaciones contrastan con el cuestionario de preanestesia del Servicio de Anestesiología del Hospital Universitario Materno infantil de Canarias, que, con carácter previo a la intervención, recoge que S.E.A. tiene dentadura postiza o pérdida de dientes. Asimismo, la gráfica de anestesia correspondiente a la intervención practicada a S.E.A. el 14 de octubre de 2008, recoge una afirmación en este sentido “Boca previa en muy mal estado, se astilla un diente”.

El estado previo de la dentadura genera en S.E.A. una mayor predisposición a que efectivamente se produzca un riesgo típico inherente a una anestesia general, máxime al tratarse de una intubación difícil, como queda reflejado en la gráfica de anestesia.

Por otra parte, S.E.A. en su escrito de alegaciones hace alusión a una información deficiente. En relación con esta alegación es de significar, que obra en la historia clínica núm. 45310, obrante en el Hospital Universitario Materno Infantil de Canarias, asignada a la hoy recurrente, documento por el que S.E.A. otorga su consentimiento informado, manifestando haber sido informada de los riesgos de la anestesia general, entre los que figura la lesión de una pieza dental como riesgo típico inherente a la misma".

2. Ciertamente, consta acreditado en el expediente que la reclamante, en el curso de la intervención quirúrgica practicada el 14 de octubre de 2008, sufrió la rotura de una pieza dentaria al ser intubada por el anestesista.

Asimismo, y en contra de las manifestaciones de la reclamante en su escrito de alegaciones, también consta que la paciente firmó los consentimientos informados relativos a esta intervención y a la anestesia. En este último expresamente se hizo constar entre los riesgos típicos de la anestesia que *"excepcionalmente, la introducción del tubo hasta la tráquea puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente"*.

Finalmente, en el cuestionario de preanestesia correspondiente a esta intervención se hizo constar que la paciente tenía dentadura postiza, y que consumía bebidas alcohólicas (con una frecuencia discutida por la paciente en este procedimiento, a pesar de la manifestación realizada en fase de preanestesia,) lo que se relaciona en el informe del anestesista, de enero de 2009, con el "muy mal estado" de la boca de la paciente, estado que, por otra parte, se pone de relieve en la hoja de anestesia como causa del daño de la pieza dentaria en la maniobra de intubación.

3. Sin embargo, y al margen de lo expuesto, si el estado previo de la boca de la paciente, conocido por el médico que la intubó, está directamente relacionado como causa del daño producido en aquella maniobra, hay que concluir que, como se trata de una complicación que, dadas las circunstancias de la paciente, puede darse con mayor incidencia, debió haberse advertido este riesgo en el consentimiento de forma personalizada con relación al mal estado de la boca de la paciente firmante del consentimiento. Donde, en el consentimiento, hay un espacio dedicado a señalar los

riesgos operatorios propios en el caso del concreto paciente, en este caso está vacío. Y, por el contrario, era el lugar idóneo para advertir a la interesada de que, dadas las condiciones en las que se hallaba su boca, al intubar, el riesgo típico genérico de sufrir daños en los dientes se concretaba como específico en su caso.

Aunque en la intubación se haya procedido conforme a la *lex artis*, no se actuó conforme a ella en el preoperatorio al no dotar el consentimiento de la información precisa y personalizada exigible, por lo que el daño inferido a la paciente no ha de ser soportado al carecer de correcto título jurídico para ello. En esta línea se reafirma cada vez más el Tribunal Supremo, al restar valor a los consentimientos en serie, exigiendo que se ajusten a cada caso concreto para que sean válidos títulos justificadores de la intervención realizada (SSTS de 4 de abril de 2000, 24 de febrero de 2002, 15 de junio y 26 de noviembre de 2004, STS de 18 de enero de 2005, 12 y 21 de diciembre de 2006, 16 de enero de 2007, entre otras).

En el caso que nos ocupa, el riesgo de que se produjeran las lesiones que la reclamante ha experimentado no era un riesgo generado por el funcionamiento del servicio de salud, sino de las propias condiciones de la patología de la paciente, sí, pero ella debía saberlo para deber soportarlo.

Por su parte, 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 exige en su art. 10, en cuanto a las condiciones de la información a los efectos de recabar el consentimiento por escrito, 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 los consentimientos informados firmados por la reclamante, tanto en relación con la propia intervención quirúrgica, como en relación con la anestesia, indicándose en este último, como se ha señalado, consecuencia de las maniobras de intubación; pero, como ya se ha indicado, el consentimiento relativo a la intubación carece del requisito de estar personalizado en cuanto a los riesgos propios de la paciente, pues, aunque en el informe del anestesista del enero de 2009 se indica que en el preoperatorio inmediato la paciente recibió información verbal sobre el incidente que después se produjo y por el que se reclama, no ha sido posible probar tal extremo, siendo su carácter escrito exigencia de la Ley 41/2001 en el proceso asistencial del que se trata, máxime, existiendo un espacio dedicado a tal fin en la hoja del consentimiento y constatándose, por virtud del cuestionario de preanestesia, el estado de la boca de la paciente, más propicio para que se produjera el daño por el que se reclama aquí.

Por todo lo expuesto, entendemos que no es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, cuando en la misma se reconoce que “el estado previo de la dentadura genera en S.E.A. una mayor predisposición a que efectivamente se produzca un riesgo típico inherente a una anestesia general”, pues en este caso concurre uno de los requisitos esenciales de la responsabilidad patrimonial de la Administración y que consiste en que el daño sea antijurídico, pues no existe un título jurídico, una causa de justificación que obligue a la perjudicada a soportar el daño.

Recientemente, el Consejo Consultivo ha acogido esta doctrina en sus últimos DCC 574/2009, 453/2010 y 470/2010. Se han extremado, del modo expuesto, las exigencias requeridas al efecto, de acuerdo con la evolución de la legislación y de la propia jurisprudencia en el aspecto preciso que se suscita este Dictamen.

4. No puede, sin embargo, dejar de observarse que la reclamante, en ningún momento, ha procedido a la cuantificación del daño ocasionado, ni siquiera ha identificado las bases precisas para proceder a su cálculo. En el sentido expuesto, su escrito de reclamación es extremadamente escueto y, por otra parte, tampoco añade nada a su reclamación en su escrito de alegaciones de 10 de septiembre de 2009.

De acuerdo con las reglas ordinarias distribuidoras de la carga de la prueba, al interesado corresponde acreditar la realidad del daño ocasionado y, por tanto, también su cuantificación; y a la Administración probar que en su caso dicho daño no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos.

Por lo tanto, a lo que la Administración, estrictamente, queda obligada de modo inexorable es a aportar al procedimiento en curso los elementos necesarios para

llegar a esta última convicción. No es fácil esta tarea, debido a las complicaciones intrínsecas siempre vinculadas a la aportación de una prueba negativa. Pero se justifica la exigencia arriba indicada, sobre la base de la posición más ventajosa de que dispone la Administración para aportar los materiales probatorios al caso y las propias reglas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, esto sentado, de ningún modo, le corresponde suplir la falta de actividad del interesado en el esclarecimiento de los extremos del caso que recaen bajo su responsabilidad.

Por las razones expresadas, la Propuesta de Resolución podría desestimar la reclamación formulada. Ahora bien, es claro que su argumentación no descansa sobre esta base, sino sobre la regularidad del consentimiento informado.

De los datos obrantes en el expediente, no cabe deducir esta conclusión, salvo que se incorporen al expediente elementos suficientes para acreditar que, al margen del documento, siquiera, al menos, verbalmente, la interesada recibió cumplida información de los riesgos específicos asociados al estado de sus dientes.

Como tampoco se apuntan suficientes indicios al respecto, debemos ahora ratificarnos en la conclusión alcanzada, acerca de la disconformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, de acuerdo con lo expresado en el Fundamento IV, 3 y 4 de este Dictamen.