



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 5 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de enero de 2012.

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 J.L.B.P., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario dependiente del Servicio Canario de la Salud (EXP. 711/2011 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por un Organismo Autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud (SCS), al presentarse reclamación de indemnización por daños que se alegan causados por la prestación del servicio público sanitario.

De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante para recabar el Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la preceptividad de su solicitud, según los artículos 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación este último precepto con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPAPRP).

2. En relación con este asunto ya se ha emitido el Dictamen 594/2011, de 3 de noviembre, en el que se concluyó en la no conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución entonces remitida debido, en esencia, a la ausencia de motivación del pronunciamiento asumiendo la exigencia de responsabilidad que en la misma se

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

contenía, declarando el derecho indemnizatorio del reclamante, aunque no en los términos por éste aducidos, sin estimarse por tanto plenamente su reclamación. Subsanada la deficiencia observada, se ha requerido nuevamente el parecer de este Organismo sobre la correspondiente Propuesta de Resolución.

II

1. J.L.B.P. presentó reclamación por los daños producidos como consecuencia de la realización de un cateterismo en el Hospital Universitario Insular de Gran Canaria, tras el que presentó un hematoma retroperitoneal y dolor en el miembro inferior derecho, con debilidad y sensación de adormecimiento, que fue posteriormente diagnosticado como axonotmesis del nervio femoral derecho en grado severo, quedando como secuelas atrofia del cuádriceps y pérdida de fuerza 3/5 en cuádriceps y psoas derecho.

El reclamante considera que las citadas secuelas derivan de la lesión neurológica producida tras el cateterismo practicado y solicita por estos hechos una indemnización que asciende a la cantidad de 127.115,5 euros.

2. En el presente procedimiento el reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, puesto que alega haber sufrido daños como consecuencia del funcionamiento de un servicio público estando, pues, legitimado para iniciar el procedimiento.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el SCS, como titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

La reclamación fue presentada el 13 de mayo de 2010 en relación con la asistencia prestada el 10 de marzo de 2008, con alta en el Servicio de Neurología el 20 de agosto de 2009, por lo que se presenta dentro del plazo de un año que al efecto prevé el artículo 142.5 LRJAP-PAC.

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 artículo 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los artículos 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 Organismo Autónomo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 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.

3. La tramitación del procedimiento se ha ejecutado de acuerdo con las normas que lo regulan, sin incurrirse en vicios relevantes que obsten el pronunciamiento de fondo de este Organismo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el artículo 13.3 RPAPRP. No obstante, si bien el interesado ha podido entender desestimada su reclamación a los efectos oportunos, esta demora no obsta la resolución expresa, al existir obligación legal de hacerlo (arts. 42.1 y 7, 43.1 y 42.7 LRJAP-PAC).

Concretamente, la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, tras su subsanación por el interesado (art. 6.2 RPAPRP), efectuándose los trámites de instrucción para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP). Así, se recaba y emiten los informes de los Servicios de Neurología, Cardiología y Angiología y de Cirugía Vascul ar del Centro hospitalario que atendió al paciente, así como copia de su historia clínica, que se remiten mediante informe adicional del Servicio de Inspección. También se procedió a la apertura del periodo probatorio (art. 9 RPAPRP) y se cumplimentó el trámite de vista y audiencia (art. 11 RPAPRP), sin que se presentaran alegaciones.

El procedimiento se culmina con la pertinente Propuesta de Resolución, que estima parcialmente la reclamación, la cual fue informada favorablemente por los Servicios Jurídicos (art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero).

Tras el Dictamen de este Consejo antes señalado se ha emitido un informe complementario por parte del Servicio de Inspección y producida la antedicha Propuesta de Resolución, una nueva sin efectuarse trámite de vista y audiencia al interesado. Sin embargo, se considera que con ello no se incurre en vicio procedimental invalidante, que requiera su subsanación para evitar la no conformidad de la resolución que se emita y, además, para la correcta realización de la función consultiva en este supuesto (art. 12.2 RPAPRP), pues tan solo se adiciona al expediente la motivación de la responsabilidad administrativa por los hechos, sin

variar la cuantificación de la indemnización a conceder y su justificación, extremos conocidos por el interesado en el trámite concedido en su momento, sin presentar alegación, por lo que no se le causa indefensión, ni se obsta a que este Organismo se pronuncie.

III

1. De la documentación obrante en el expediente, particularmente del informe del Servicio de Inspección, se deriva la siguiente secuencia de hechos:

El reclamante acude el 8 de marzo de 2008 al Centro sanitario de referencia por dolor torácico opresivo en reposo, que va aumentando en frecuencia e intensidad. Ingresa en el Servicio de Medicina Intensiva, donde fue diagnosticado de síndrome coronario agudo e infarto agudo de miocardio infero-lateral.

El 10 de marzo de 2008, a fin de valorar el grado de enfermedad coronaria, se practica coronariografía, cateterismo cardíaco y colocación de Stent X 2 en tercio proximal de coronaria derecha, regresando a la Unidad de Medicina Intensiva (UMI).

Alrededor de las 16 horas del día 12 de marzo de 2008 se traslada a planta del Servicio de Cardiología y se anota: "Llega de UMI con intenso dolor en región inguinal y muslo derecho que al parecer comenzó anoche. A la exploración: equimosis superficial, hematoma 10x7 cm (no soplo). Impotencia funcional. No frialdad. Pulsos presentes. Dolor y defensa en flanco y fosa iliaca derecha. Se solicita TAC abdominal urgente por sospecha de hematoma retroperitoneal/sangrado activo".

El TAC de abdomen fue informado: gran hematoma pélvico retroperitoneal adyacente al músculo iliaco (8x5 cm), que se extiende cranealmente hacia parietocólico y pararenal posterior derecho y caudalmente hacia ingle, donde se aprecia extravasación de contraste en probable lugar de punción, compatible con sangrado activo.

Se procede a comprobar la anemización progresiva. Se cursa consulta al Servicio de Angiología y Cirugía Vasculat, hemogramas seriados y cuantas medidas de control estimaron oportunas, siendo trasladado nuevamente a UMI.

Tras 24 horas aproximadamente en UMI, con evolución favorable, a las 20.23 horas del día 14 de marzo de 2008 regresa a planta del Servicio de Cardiología y sigue un curso satisfactorio.

El 19 de marzo de 2008 se hace referencia a "punzadas, molestias en miembro inferior derecho". El 25 de marzo se solicita interconsulta al Servicio de Neurología

por presentar el paciente dolor en miembro inferior derecho con debilidad y sensación de acorchamiento. En el citado Servicio se practica el 3 de abril electromiograma, que objetiva axonotmesis del nervio femoral derecho en grado severo y polineuropatía en relación con su diabetes.

El paciente inicia tratamiento fisioterápico el 16 de abril de 2008 y causa alta hospitalaria el 16 de mayo, con los diagnósticos de cardiopatía isquémica, hematoma retroperitoneal derecho post-punción femoral resuelto e impotencia funcional de miembro inferior derecho en resolución, secundaria a axonotmesis del nervio femoral derecho.

El 30 de junio de 2008 el paciente fue valorado por el Equipo de Valoración de Incapacidades, calificando al trabajador como incapacitado permanente en grado de total. Como cuadro clínico residual se determinó el correspondiente a los diagnósticos antedichos, añadiendo hipertrofia benigna de próstata y la diabetes mellitus insulino dependiente de base, con limitaciones orgánicas y funcionales en Grado II por patología cardiológica.

2. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación presentada al considerar que concurre en este caso determinado motivo para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque limitadamente, sin proceder el aducido en la reclamación, y sin entender atendible, por estar indebidamente valorada y cuantificada la lesión sufrida, la cuantía solicitada por el interesado, determinando la que corresponde debidamente realizada, a su juicio, dicha valoración y cuantificación.

Así, de acuerdo con lo actuado e informado, se parte del presupuesto de que, en atención a su patología, el paciente requería procedimiento hemodinámico consistente en cateterismo cardiaco diagnóstico/terapéutico y, además, el mismo se efectuó de forma correcta, si bien en la operación se plasmó uno de los riesgos típicos de este tipo intervención. Por eso, desde esta perspectiva, se sostiene que la actuación sanitaria fue ajustada a la *lex artis*.

Sin embargo, pese a ello, no consta consentimiento informado del paciente respecto a la referida intervención y, por tanto, que se prestare debidamente, conociendo los riesgos y eventuales efectos de su plasmación, por lo que la lesión se considera antijurídica y, por ende, indemnizable debido a este motivo solamente.

3. Pues bien, en este asunto ha de partirse de las consideraciones reiteradamente expresadas por este Organismo, en línea con la jurisprudencia mayoritaria en la materia, sobre la exigibilidad de responsabilidad patrimonial por daños producidos en la prestación de este concreto servicio público y, en este contexto, sobre la carga de la prueba o los hechos que han de acreditar las partes, una para fundar la pertinencia de su reclamación y la otra para no atenderla al no proceder la declaración del derecho indemnizatorio del reclamante.

Así, tal exigencia ha de determinarse en función del deber de prestación de medios adecuados al caso y disponibles en el sistema sanitario público, de acuerdo con su organización y recursos, debidamente utilizados según la *lex artis* y normas aplicables, según el nivel de conocimiento y de la ciencia médica alcanzado.

En este contexto, no basta con la simple producción del daño en la prestación del servicio para derivar responsabilidad por ello del gestor, aunque sea necesaria su existencia, pues, en base a lo antedicho, han de distinguirse los casos en que su causa es imputable a la actuación sanitaria, incluyendo asistencia y tratamiento, incluida diagnosis y, en su caso, cirugía, de aquéllos en los que se debe al estado del paciente la evolución misma de su enfermedad, pese a tal actuación, al no poderse garantizar siempre su curación, total o aun parcial, o bien, se genera pese al concreto uso de la técnica apropiada que, previa información adecuada al efecto, consiente el paciente en ser aplicada.

En definitiva, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, lo esencialmente exigible es el cumplimiento de la obligación de prestar la procedente asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, pero con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, siempre apropiadamente conocidos por los pacientes, de modo que, de acuerdo con las normas reguladoras del servicio, particularmente de los derechos y deberes de los usuarios, éstos deben ser informados de su enfermedad, con diagnóstico, pronóstico y tratamiento, debiendo consentir éste (SSTS de 16 de marzo de 2005; 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007 y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Cabe añadir que, con el fin de rechazar la responsabilidad, no basta con aducir de modo genérico y abstracto que la intervención a realizar o la técnica a emplear en ella comporta, por las características de la misma y del objeto médico a procurar, ciertos fracasos, no alcanzándose dicho objetivo, total o parcialmente, y puede conllevar riesgo de lesiones de diverso tipo, incluido el neurológico.

Esto es, en caso de que se produzca efectivamente el fracaso o, desde luego, la lesión, debiera justificarse la razón de que ello ocurra en el supuesto del que se trata, concretando las antedichas características en función de la especial complicación de la práctica de la técnica por el estado o características del paciente, la zona o parte del cuerpo afectada o la particular complejidad o gravedad del supuesto.

La razón obviamente es que, al ocurrir el daño con motivo y a causa de la intervención, existe conexión objetiva con el funcionamiento del servicio en orden a la inexigencia de responsabilidad, y ha de eliminarse la imputación subjetiva mediante la referida justificación, con lo que se descarta propiamente que, pudiéndose sin duda producir la lesión por una actuación negligente o, al menos, con descuido o torpeza inexcusables, sin embargo en el caso estudiado no ha habido negligencia o falta de precaución o cuidado en la introducción o conducción del instrumental a utilizar en el paciente, siendo en el caso del que se trata inevitable o posible alguna afectación de vasos o nervios próximos y asumible tal evento para obtener la curación buscada, con beneficio pese a ello para el paciente.

4. Ciertamente, está médicamente acreditado que la patología del paciente requería la práctica del cateterismo para la comprobación de la enfermedad y su posible solución curativa, no existiendo en el caso otra alternativa médica más adecuada o eficaz. Tal actuación objetivó y concretó la enfermedad arterial coronaria del paciente, con colocación de dispositivos stents, obteniéndose éxito angiográfico, de manera que no sólo se confirmó el diagnóstico inicial, sino que se efectuó el tratamiento preciso para restablecer el flujo sanguíneo.

Sentada esta importante premisa, en lo referente a la idoneidad de la práctica de esta intervención, no consta en el expediente la justificación antes indicada, pudiéndose suscitar dudas de que fuese plena o completa, sin fallo o defecto alguno no excusable o justificable. Al respecto los informes emitidos por los Servicios afectados no se pronuncian, quizá explicablemente, limitándose a constatar las lesiones y su carácter típico en la intervención en cuestión, mientras que la pericia médica aportada por el interesado señala la indudable conexión entre aquélla y el daño sufrido, valorando sus efectos o secuelas, pero, aunque pueda intuirse algo a la luz del análisis que realiza del caso, no dice expresamente que la técnica se practicara incorrectamente.

En este sentido, pueden ser datos significativos para dilucidar la cuestión no sólo el silencio de los Servicios actuantes sobre el particular, el tenor general de la pericia, o la ausencia de justificación concreta de la lesión por el Servicio de Inspección o el propio instructor, sino el tipo y la extensión o afectación y gravedad de las lesiones producidas, que, en este supuesto, son tanto en vaso como en nervio y que son claras, importantes o severas y con graves consecuencias en el caso de la neurológica, con localización alejada del corazón.

5. En cuanto a la problemática relativa al consentimiento informado, es claro que, como asimismo ha observado este Organismo, la adecuación de la actuación a la *lex artis* o, si se prefiere, a las concretas normas legales reguladoras de los derechos de los pacientes requiere que, en particular, éstos reciban información sobre su enfermedad, incluyendo diagnóstico y tratamiento apropiado, con sus diversas alternativas, expresando en cada caso ventajas o beneficios y riesgos o posible fracaso, de acuerdo con las características o variedades de la enfermedad, pero también de las específicas del enfermo y de la concreta técnica recomendada, en orden a permitir al paciente decidir debidamente y, en su caso, asumir las consecuencias.

En este sentido, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de carácter básico, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, enuncia en su art. 2, entre sus principios básicos, la exigencia, con carácter general, del previo y preceptivo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, que debe obtenerse después del que el paciente reciba una información adecuada y que se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3 del mismo precepto), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el artículo 9.1).

En cuanto al consentimiento informado, en concreto el art. 8 prevé que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en la propia Ley, haya valorado las opciones propias del caso, prestándose oralmente por regla general, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito, cual es el caso.

Consecuentemente, dada esta regulación, la ausencia o defecto del consentimiento informado se considera antijurídico o un incumplimiento de la *lex artis* y revela una manifestación de funcionamiento anormal de la Administración. Por el contrario, producido en debida forma supone que es el paciente quien asume las consecuencias desfavorables derivadas de las actuaciones sanitarias, siempre y cuando éstas hayan sido las pertinentes al caso y se realicen correctamente, pues, legalmente, el paciente sólo está obligado a soportar los daños, como complicaciones o riesgos concretados, que han sido puestos en su conocimiento y ha decidido aceptar a la vista de las ventajas curativas que le puede reportar el tratamiento o intervención propuesta.

En el presente caso, como advierte el Servicio de Inspección y asume la Propuesta de Resolución, el consentimiento informado del paciente relativo al cateterismo practicado, por lo que la asistencia sanitaria no puede considerarse en este extremo ajustada a la regulación aplicable y, por ende, el daño generado por tal práctica al paciente es antijurídico e indemnizable. No sólo al no consentir la intervención explícitamente, sino al no estar en las debidas condiciones de hacerlo, aceptándola o rechazándola, por no conocer sus riesgos y correspondientes lesiones, con sus secuelas.

No obstante, procede reiterar que la existencia de consentimiento no siempre evita que deba responderse por una lesión producida en la intervención a la que se refiera, cuando sea indebida o se realice incorrectamente por algún motivo, o bien, cuando no se informa precedentemente de las características o riesgos de la técnica, particularmente de forma personalizada y específica o propia y no necesariamente típica o frecuente. Pero ha de advertirse que tampoco la ausencia supone exigibilidad de responsabilidad en cualquier caso.

Así, ha de producirse forzosamente algún tipo de daño, en su caso moral o siquiera sea falta de oportunidad curativa, y, por otro lado, legalmente se prevén supuestos en los que no es exigible, aunque ninguna de estas posibles excepciones es

aplicable al caso. Sin embargo, puede serlo la eventualidad, apreciada por cierta jurisprudencia, de que el tratamiento aplicado pero no consentido sea el correcto y usual para el supuesto según la *lex artis*, sobre todo cuando no hay alternativa reconocida o en absoluto. No obstante, aquí también se exige que exista riesgo cierto e inmediato para la salud del paciente y, por supuesto, tanto que la práctica sea correcta, como que el daño ocasionado no sea grave ni desproporcionado respecto al beneficio a procurar.

Justamente, en el supuesto analizado podría estarse en la circunstancia antes descrita, siendo pertinente el cateterismo como técnica específica del caso. Salvo que se admita, como es posible hacer a la vista de las lesiones producidas, en especial la neurológica, por su entidad, localización y graves efectos, que ha podido haber algún fallo, defecto o descuido en la práctica de la intervención, sin haberse justificado la inevitabilidad o procedencia de la producción de aquéllas, ni que resulten asumibles dada su desproporción por el éxito angiológico obtenido, sin solucionarse la patología cardiológica del paciente.

6. Por lo que se refiere a la valoración del daño, el reclamante cuantifica la indemnización solicitada en 127.115,5 euros, de acuerdo con el informe pericial aportado al efecto. En esta cantidad se incluye la valoración de las secuelas, el perjuicio estético y los días de baja laboral y se ha calculado aplicando el sistema de valoración de daños causados a las personas en accidentes de circulación.

La Propuesta de Resolución estima por el contrario que, en aplicación del mismo sistema, corresponde al interesado una indemnización por importe de 22.282,02 euros. Las razones de esta minoración se justifican en el informe del Servicio de Inspección, que efectúa la aplicación del citado sistema en los términos que en el mismo se explicitan, obteniendo tal cantidad; extremos sobre los que el interesado no realizó manifestación alguna en el trámite de audiencia concedido.

En concreto, la minoración de la cuantía se debe a la desestimación de la cantidad solicitada por el interesado en concepto de indemnización por incapacidades temporales (días improductivos/hospitalización), dado que en este caso nos encontramos ante otra lesión permanente y diferente. Así, se aceptan las cantidades señaladas por aquél por el perjuicio funcional y el perjuicio estético, si bien se limita el factor de corrección, sobre el que el interesado había aplicado la cantidad máxima de la horquilla, fijándose en el 50% del mínimo de ésta, pues la paresia del nervio femoral no es la causa exclusiva de la incapacidad permanente total, sino que la comparte con otras patologías descritas en el Dictamen del Equipo

de Valoración de Incapacidades de 30 de junio de 2008 y, además, está condicionada en mayor medida por la patología cardiológica grado II, aplicándose la cantidad máxima en los casos de personas de menor edad o que revistan una mayor gravedad.

Por otra parte, la indemnización además se ha calculado aplicando la Resolución de 20 de enero de 2011, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2011 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, por lo que contiene la actualización a que se refiere el artículo 141.3 LRJAP-PAC.

Estas valoraciones y subsiguientes cuantificaciones se entienden efectuadas correctamente en principio, procediendo los motivos aducidos para minorar la cuantía de la indemnización respecto a la solicitada, salvo en lo referente al factor de corrección fijado, que se considera excesivamente limitado dadas las circunstancias del caso. Por eso, se considera que el montante de la indemnización, debidamente actualizado por la Propuesta de Resolución como se indicó, ha de incrementarse en un 100%, alcanzando los 44.564,04 euros.

C O N C L U S I Ó N

Procede estimar la reclamación presentada, pero exclusivamente en los términos y por las razones expresadas, indemnizándose al interesado en la cuantía señalada.