



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 390/2012

(Sección 1ª)

La Laguna, a 6 de septiembre 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 M.I.C., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 330/2012 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. La cuestión sometida a dictamen se circunscribe a determinar si en la reclamación formulada concurren los presupuestos legales para conceder la indemnización solicitada por daños del Servicio Canario de la Salud (SCS), Organismo autónomo integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, por deficiente funcionamiento del servicio público sanitario. Y, por tanto, si es o no conforme a Derecho la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad tramitado.

2. La solicitud de Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, según el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Formula la consulta la Consejera de Sanidad, de acuerdo con lo establecido en el art. 12.3 LCCC.

3. En lo que respecta a la narración fáctica, el reclamante manifiesta que el día 8 de mayo de 2009 se sometió a una intervención quirúrgica de hidrosadenitis axilar en el Hospital "Dr. Negrín" y que durante la operación le fueron extraídas dos piezas dentarias, en la arcada superior, y una tercera pieza suelta (que se le cayó días después), sin que se le informara previamente de tal riesgo.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

No consta en el documento relativo al consentimiento informado, que el reclamante firmó con carácter previo a la operación, mención alguna a la posibilidad de perder piezas dentarias a consecuencia de la intervención o por causa de la anestesia.

Consta en el informe del anestesista que, durante la intervención, se le retiraron manualmente dos piezas dentarias sin ningún tipo de esfuerzo, al padecer, según el facultativo, piorrea con la posibilidad de que se le desprendieran por sí solas durante dicha intervención a causa de la intubación que necesariamente debía aplicársele, con el peligro de que pasaran al pulmón, con consecuencias fatales en el caso de desprenderse accidentalmente durante tal intubación.

El afectado señala que no padece piorrea y que la pérdida de sus dientes se debe, exclusivamente, a una decisión médica.

4. Solicita el reclamante una indemnización total de 7.374,53 euros, por los gastos de odontología y por las secuelas sufridas.

5. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), así como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP), siendo una materia cuya regulación no ha sido desarrollada por la Comunidad Autónoma de Canarias, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

Y, así mismo, la regulación del servicio sanitario prestado, básica estatal y autonómica en desarrollo, particularmente la referida a los derechos y deberes del paciente.

II

1. El procedimiento comenzó con la presentación del escrito de reclamación, efectuada el 25 de marzo de 2010.

Posteriormente, el día 20 de mayo de 2010, se dicta Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admite a trámite la reclamación formulada.

El procedimiento se tramitó de acuerdo con su normativa reguladora. Consta el informe preceptivo del Servicio, la fase probatoria y el trámite de vista y audiencia a los interesados.

En lo que se refiere a la fase probatoria, si bien el afectado propuso la práctica de la prueba testifical (de los familiares que se hallaban en la sala de espera durante la intervención), la Administración de forma motivada, mediante Acuerdo probatorio de 1 de junio de 2011 (páginas 129 y 130 del expediente) denegó su práctica considerándola innecesaria, con base al pliego de preguntas remitido (página 15 del expediente) y en el hecho de que los testigos propuestos no se hallaban presentes en el quirófano durante la intervención.

Por último, el 3 de febrero de 2012, se emitió un primer informe-Propuesta de Resolución. Posteriormente, el 2 de abril y el 2 de mayo de 2012 se emiten dos Propuestas de Resolución. Tras ambas, consta la emisión del Informe de la Asesoría Jurídica Departamental y, finalmente, el 12 de junio de 2012, se emite la Propuesta de Resolución definitiva.

Esto supone incumplimiento del plazo resolutorio, aunque no obsta la resolución expresa, sin perjuicio de los efectos o consecuencias que de esta injustificada dilación pudieran derivarse.

2. Concurren los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio regulado en el art. 106.2 de la Constitución (artículos 139 y 142 LRJAP-PAC).

III

1. La Propuesta de Resolución es desestimatoria, al considerar el Instructor, que con base a la documentación obrante en el expediente resulta que el paciente recibió información suficiente acerca del riesgo de padecer lesión en algún diente, reconociendo en todo momento el reclamante el mal estado de las piezas afectadas.

Así mismo, el Instructor considera acreditado, en virtud de los documentos obrantes en el expediente, que en la exploración de la preanestesia existía la posibilidad de problemas durante la intubación y que, además, en la intervención, se prestó especial cuidado dado el mal estado de las piezas dentarias, retirándolas manualmente.

Finalmente, la Administración sanitaria estima que el daño padecido por el reclamante no reviste carácter de antijurídico, debiendo soportar el paciente un riesgo previamente conocido y asumido.

2. A la hora de determinar si cabe imputar responsabilidad patrimonial a la Administración en el presente supuesto, es preciso partir de una serie de hechos que resultan suficientemente probados en virtud de la documentación adjunta al expediente.

Primeramente, el anestesista que intervino en la operación quirúrgica mencionada conocía previamente el estado de la boca del paciente, pues no sólo consta en el documento correspondiente al consentimiento informado que carecía de varias piezas dentarias y que utilizaba prótesis dental, sino que, como anotó dicho especialista, en la "hoja de valoración preoperatoria" (página 85 del expediente), su estado bucal, tras realizársele por su parte la oportuna exploración, en lo que respecta a las dificultades de intubación, se hallaba en el grado III de la clasificación "Mallampati", que implica el riesgo de intubación ortotraqueal difícil, en su caso, por la presencia de paladar blando.

Extremos que no consta que se informara al paciente a los fines de conocer riesgos de la intervención y, por ende, obtener su consentimiento debidamente.

Así mismo, en el documento correspondiente al consentimiento informado tanto en el relativo a la intervención como en el de la anestesia, no se expresa ningún riesgo particular del paciente, salvo el modelo de riesgo general que señala que "de forma ocasional la introducción del tubo en la boca del paciente puede ser dificultosa y dañar algún diente", sin que en el mismo se hiciera referencia alguna a la retirada de dientes por contacto del tubo con éstos o porque el anestesista, como ocurrió en este asunto, considerase conveniente extraerlos manualmente para eludir el riesgo de que durante la intervención se pudieran caer y pasar posteriormente al pulmón.

En relación con este último hecho, el anestesista en el Informe emitido y que obra en el expediente, manifiesta que durante la intervención retiró manualmente dos piezas dentarias del paciente que estaban en mal estado, apuntando la posibilidad de que pudiera padecer piorrea, lo que conocía con anterioridad a la propia intervención al haber realizado la correspondiente exploración preoperatoria.

3. En cuanto al fondo del asunto, el problema estriba en determinar si el daño sufrido por el paciente, cuya realidad no se pone en duda, ni siquiera la forma en la que perdió los dientes referidos, realizada por el anestesista, era uno de los posibles riesgos incluidos en el consentimiento informado.

Así, en base a la documentación adjunta resulta claro que la pérdida de varias piezas dentarias, a causa de la intubación, por la extracción manual realizada por el facultativo del servicio de anestesiología ante el peligro que podía generar el estado deficiente de los dientes, no fue en ningún momento, informada al reclamante.

4. Por lo tanto, dicha omisión supone el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en cuyos tres primeros apartados se establece:

“1. 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 el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: 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.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”.

A su vez, en el punto art. 10 de la misma Ley se dispone que, en lo que respecta a la información básica que se le ha de dar al paciente con carácter previo al momento de emitir su consentimiento es la siguiente:

“a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

Añadiéndose en su punto segundo que «El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente».

5. Las normas anteriormente referidas han sido interpretadas por el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada y constante, mantenida por este Consejo en reiterados Dictámenes.

Así, la jurisprudencia del TS viene señalando, por un lado, que el consentimiento informado "supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud" (...). "También es evidente la necesidad de informar sobre los posibles riesgos" (SSTS 26-03-2012; 24-04-2012) y, por otro, que "el consentimiento informado constituye un presupuesto o elemento esencial de la *lex artis*, añadiéndose que (...) al omitirse en aquella información a la paciente aquel dato o elemento de un posible riesgo colateral que la operación podría ocasionar según los estudios médico-científicos o clínicos en esta materia, se le privó de la posibilidad de ponderar la conveniencia de someterse o no a aquella específica y singular operación quirúrgica" (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2010 (Ar. RJ 2010 4211), es decir con tal ausencia se le priva al paciente de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses si debe someterse a un concreta y determinada intervención quirúrgica.

Y ello, sin perjuicio de que, en su caso, también exista responsabilidad, procediendo indemnizar con este fundamento y en función del daño causado, si fuese inadecuada la praxis médica.

Además, "la incompleta o insuficiente información de la Administración acerca de los riesgos que se califican de poco frecuentes, inherentes de la operación, supone un incumplimiento de la "*lex artis ad hoc*" que revela un anormal funcionamiento del servicio sanitario, que exige indemnización siempre y cuando se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento, defectuosamente informado". (SSTS 16 de enero de 2007; 1 de febrero de 2008; 22 de octubre de 2009; 25 de marzo de 2010).

6. Así mismo, acerca de los documentos de consentimiento informado de tipo genérico y no individualizados, el Tribunal Supremo expone (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de dicho Tribunal, de 19 de octubre de 2010, Ar. RJ 2010 7403) que "al igual que se hacía en la Sentencia de 21 de marzo de

2007 (Ar. RJ 2007 3145), es indudable que el documento en que se prestó el consentimiento por el paciente constituye un simple documento de consentimiento informado genérico, que no se adecua a las necesarias exigencias de concreción, en cuanto a la específica operación quirúrgica a que el paciente fue sometido”, añadiéndose que “(...) la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar una decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir”.

Ello implica el deber señalado por este Consejo Consultivo en diversos Dictámenes, que emana de forma directa de la normativa ya mencionada, de que el consentimiento informado debe ser personalizado, debiéndose informar al paciente de los riesgos concretos, es decir, de aquellos que adquieren relevancia por la peculiares condiciones físicas, psicológicas, profesionales o sociales del paciente, lo cual, obviamente, se debe realizar mediante procedimientos abiertos de comunicación entre el médico y el enfermo.

7. En el presente caso, el consentimiento informado ha sido inadecuado, pues se omite una información de importancia para el paciente, sustituyéndola por una decisión médica realizada, sin advertir al reclamante debidamente los riesgos, dado el formulario tipo y genérico que el afectado firmó, lo que supone la infracción de la *lex artis ad hoc*, cuya indemnización, como señala la doctrina del TS, entre otras, la de 26 de marzo de 2002; 14 de octubre de 2002; 26 de febrero de 2004; 14 de diciembre de 2005; 23 de febrero de 2007; 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011; y 3-04-2012 “no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causable existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aquejó al paciente”.

8. En cuanto al importe de la indemnización, solicitada de 7.374 euros, se debe reducir a la cantidad de 4.800 euros, importe correspondiente a los implantes nº 11, 12 y 21 y a la corona metal-cerámica de dichas piezas, de acuerdo con los daños producidos y las facturas aportadas.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto en el presente Dictamen, la Propuesta de Resolución de sentido desestimatorio no se considera conforme a Derecho, procediendo estimar

la reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial formulada por M.I.C, en la cuantía reclamada de 4.800 euros.