



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 4 2 / 2 0 1 2

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de noviembre 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.C.P.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 503/2012 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución emitida por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, Organismo Autónomo integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma, al presentarse reclamación de indemnización por los daños que se alega se han producido por el deficiente funcionamiento del servicio público sanitario, presentada en ejercicio del derecho indemnizatorio al efecto contemplado en el Ordenamiento Jurídico, exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular de dicho servicio.

2. La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), estando legitimado para producirla la Consejera de Sanidad (art. 12.3 LCCC).

3. La reclamante alega que desde hace 20 años acude al Servicio de Ginecología del Hospital Universitario de Canarias (HUC), realizándosele revisiones periódicas. En una de ellas, efectuada el 28 de abril de 2008, el especialista en ginecología que la atendió le detectó un quiste en el ovario izquierdo, que medía entre 2 y 3 centímetros, remitiendo un Informe al respecto a la ginecóloga que habitualmente la

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

trataba con la finalidad de que valorara el mismo, sin que esta facultativa diera relevancia a tal quiste.

Sin embargo, en junio de 2009 fue atendida de nuevo por el especialista que había detectado el quiste y, ante el aumento de tamaño y considerándolo necesario, es intervenida en agosto de 2009 mediante laparoscopia para cambiarle el mecanismo que tenía colocado para tratar la incontinencia urinaria que padece y, además, para extirparle también el referido quiste, que resultó ser un tumor maligno.

En la intervención se rompió el quiste, debiéndose ampliar para evitar complicaciones la zona de operación, de modo que se le extirpó la matriz, el útero y parte del intestino, con necesidad de ulterior tratamiento de quimioterapia; lo que ha comportado graves efectos secundarios, físicos y psíquicos, reclamando una indemnización comprensiva de la reparación de todos estos daños.

4. En el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución es de aplicación la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), así como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, como regulación básica en la materia no desarrollada por la CAC, aun teniendo competencia estatutaria para ello.

Y, naturalmente, la regulación del servicio sanitario afectado, básica estatal y de desarrollo autonómico, particularmente la Ley de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley estatal 41/2002.

II

1. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación, efectuada el 11 de agosto de 2010, emitiéndose tras la correspondiente tramitación una Propuesta de Resolución el 27 de octubre de 2011, que fue objeto del Dictamen 695/2011, de 21 de diciembre, de este Organismo, concluyéndose que procedía complementar la insuficiente instrucción efectuada, con emisión ante todo del Informe complementario sobre las cuestiones que se indicaban, seguido de trámite de vista y audiencia y, finalmente, formulación consecuente de nueva Propuesta de Resolución. Realizadas las actuaciones reseñadas, se emitió el Dictamen 267/2012, de 9 de junio de 2012, sobre la Propuesta de Resolución formulada, concluyéndose nuevamente en la pertinencia de información complementaria, no estando

debidamente fundada tal Propuesta, con posterior trámite de vista y audiencia y formulación de Propuesta de Resolución; trámites efectuados efectivamente, formulándose aquélla el 5 de octubre de 2012.

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

Se resolverá vencido con amplitud el plazo resolutorio, aunque proceda resolver expresamente, sin perjuicio de los efectos que esta injustificada dilación comporta [arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4.b); 141.3; y 142.1 LRJAP-PAC].

III

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen reitera la desestimación de la reclamación efectuada, con fundamento básicamente en los argumentos ya expuestos en las propuestas anteriores; esto es, a la luz de las actuaciones se ha de sostener que se pusieron a disposición de la paciente todos los medios disponibles para su adecuada asistencia, siendo por lo demás el diagnóstico correcto y no existiendo demora en el tratamiento debido. Por tanto, concluye, no existe relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido por la interesada por el que se reclama.

2. Pues bien, respecto a los hechos producidos en este supuesto nos remitimos ahora a lo expresado en el citado Dictamen 695/2011 y, en especial, a la deficiencia indicada sobre el consentimiento informado de la paciente previo a la laparoscopia practicada, con las consecuencias descritas, en particular la rotura del tumor durante su extirpación, con la necesidad ulterior adicionalmente de cuatro años de tratamiento de quimioterapia para evitar sus efectos negativos en la zona afectada del cuerpo de la paciente.

Concretamente, la adecuación a la *lex artis* de la asistencia prestada exige acreditar que la paciente conocía la finalidad de la intervención, que afectaría a la corrección del dispositivo para incontinencia urinaria y al quiste detectado, con eventual ampliación a los ovarios y a otras partes de la zona, habiendo sido informada al respecto y de los riesgos de la intervención, concretamente de la posibilidad de dificultades o aun rotura del quiste en la extirpación, en orden a consentir debidamente tal intervención.

La Administración admite que no consta la información requerida, y exigible en todo caso de acuerdo con doctrina de este Organismo y jurisprudencia de los Tribunales al efecto, en este supuesto, en el documento del consentimiento, pues alega que se informó verbalmente a la paciente que se le iban a extirpar ambos ovarios por laparoscopia al tiempo de ser tratada de su problema de incontinencia urinaria, realizándose biopsia intraoperatoria de los ovarios extirpados para completar el acto quirúrgico.

Cabe indicar ahora al respecto, sin perjuicio de lo que luego se añadirá, que esta alegación supone reconocer la eventual vulneración de la regulación legal del consentimiento, que ha de hacerse por escrito, acreditándose de este modo la información necesaria para su válido otorgamiento.

Y es que, sustancialmente, en relación con la información a realizar en este tipo de actuaciones y el documento al respecto que consta en el expediente, no está en absoluto demostrada por la documentación obrante, sin que, en definitiva y pese a las reiteradas observaciones de este Organismo en sus anteriores pronunciamientos, se acredite que la paciente consintió válidamente la intervención al ser debidamente informada de los extremos antes reseñados.

Esto es, no consta que conociera que la laparoscopia no se limitaba a incidir en su dolencia urinaria o, incluso, a la extirpación del quiste, cuando se trataba de una operación que implicaba aquella y la de otras partes de la zona (ovarios, apéndice, ganglios). Es más, que supiera que dicho quiste, con eventual confirmación mediante la biopsia a realizar en la intervención, fuese un tumor *borderline*, que, según se informa, es un tipo de tumor no maligno pero que puede contener células cancerígenas, sobre el que existe debate científico sobre su naturaleza y tratamiento. Ni, desde luego, que se podría generar su rompimiento, como sucedió, requiriéndose por ello su tratamiento con varios ciclos de quimioterapia.

Por otra parte, el referido documento carece de fecha y no figura el nombre y firma del facultativo responsable en él y, por lo demás, no explica la finalidad de la laparoscopia, ni los riesgos de la extirpación del tumor, sin saberse tampoco con seguridad que fuese cancerígeno antes de la intervención, según informes disponibles. Y tampoco se indican, reforzándose su procedencia por la circunstancia antedicha, alternativas médicas al tratamiento más conservadoras, no pudiendo la paciente siquiera decidir al respecto.

3. Consecuentemente, procede recordar que, en estas circunstancias, se produce la vulneración de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 41/2002, básica, en sus tres

apartados, y, en relación con ello, lo previsto en el art. 10 de dicha Ley, teniendo especial relevancia lo dispuesto en su apartado 2 en este caso.

Además, en la línea expresada en Dictámenes de este Organismo, particularmente en el Dictamen 390/2012, el Tribunal Supremo, en jurisprudencia reiterada y constante, insiste en 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 su salud; que se debe informar previamente de los riesgos y alternativas; y que el consentimiento constituye un presupuesto o elemento esencial de la *lex artis*.

Por eso, de omitirse la pertinente información o un dato o elemento sobre complicación o consecuencia dañosa que la operación podría ocasionar, según los estudios médico-científicos o clínicos en esta materia, se priva a la paciente de la posibilidad de ponderar la conveniencia de someterse o no a la específica y singular operación quirúrgica recomendada o pautada.

Todo ello, naturalmente, sin excluir que, pese a procederse en este punto conforme a Derecho, en los términos expresados, pueda existir responsabilidad de acreditarse que la intervención fue realizada incorrecta o indebidamente o no justificarse que el daño fue inevitable o forzoso dadas las circunstancias.

A mayor abundamiento, dadas las deficiencias del documento obrante en el expediente, se reitera que ha de formularse de modo individualizado y no genérico, en función de las características, estado y otros datos personales del paciente y, en su caso, de la técnica a realizar u objetivos de ésta.

Esto es (Sentencias del TS de 21 de marzo de 2007 y 19 de octubre de 2010), ha de ajustarse a las necesarias exigencias de concreción respecto a la específica operación quirúrgica a que el paciente fue sometido, en todos los extremos antedichos, pues el deber de obtener previo consentimiento informado no puede convertirse en una mera rutina formularia, debiendo responder al cumplimiento de la obligación de ofrecer al paciente la posibilidad la información para decidir la prestación sanitaria a recibir.

Consecuentemente, la Administración sanitaria tiene el deber de informar previamente a la intervención de sus riesgos concretos, como complicaciones, efectos lesivos o fracaso, en función, desde luego, de sus características técnicas,

zonas afectadas y, es claro, las condiciones físicas, psicológicas, profesionales o sociales del paciente. Para lo que, sin duda, es necesario un procedimiento abierto de comunicación entre el médico y el enfermo, en relación obviamente con el derecho del paciente a recibir tal información y al respecto de su autonomía personal para consentir libre y conscientemente, la operación que se ofrece como remedio a su dolencia.

IV

1. En conclusión, el consentimiento informado ha sido inadecuado, pues se omite una información de importancia para la paciente, sustituyéndola por una decisión médica realizada sin advertir a la reclamante debidamente los riesgos, dado el formulario tipo y genérico que la afectada firmó.

Lo que supone la infracción de la *lex artis ad hoc*, con sufrimiento de lesiones adicionales de las que no fue informada aparte de la rotura del tumor y sus consecuencias, sin olvidar el especial daño moral que conlleva el hecho de someterse a una intervención para cierto objetivo y encontrarse con un resultado lesivo inesperado y extenso, así como un tratamiento de quimioterapia tampoco previsible, ni advertido.

2. En todo caso, tal inadecuación no puede ser salvada, máxime existiendo suficiente al efecto, con el argumento no contrastado de que se le dio a la paciente información al respecto verbalmente. En efecto, tal afirmación no se hace constar, como debería hacerse en la historia clínica, ni se corrobora con actuaciones siguientes que fuesen indicativas del conocimiento por la paciente de la información y su asunción del riesgo. Y tampoco hay dato alguno que confirme que la misma, de haberse producido, cumpliera precisa y debidamente los requisitos exigibles, antes expresados, para justificar un consentimiento válidamente concedido, siendo por el contrario presumible su inadecuación a la luz de lo informado sobre la asistencia previa a la intervención.

3. En consecuencia, existe relación de causalidad entre el funcionamiento incorrecto del servicio público y el daño sufrido que, por los motivos expuestos, no tiene la paciente el deber de soportar, sin que concurra concausa.

Por tanto, la Propuesta de Resolución desestimatoria no es conforme a Derecho, correspondiendo a la interesada una indemnización que englobe la extirpación de los ovarios, del útero y resto de órganos, así como las consecuencias de la rotura del tumor, teniendo en cuenta los criterios médicos contenidos en las tablas de

valoración, establecidas en Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a motor (menopausia).

Además, la cuantía resultante ha de ser aumentada en un 10% correspondiente al daño moral, pues, si bien este se incluye ordinariamente en las cuantías correspondientes a los daños físicos en las citadas tablas de valoración, en este caso se dan circunstancias excepcionales al respecto, pues la interesada, tras la operación no sólo conoció de manera imprevista que se le habían extirpado los mencionados órganos, sino que la rotura del tumor *borderline* conllevaba la aplicación de cuatro ciclos de quimioterapia.

En todo caso, la cuantía de esta indemnización, referida al momento en el que se produjo el daño, ha de actualizarse en el momento de resolver el procedimiento (art. 141.3 LRJAP-PAC).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada no se ajusta al Ordenamiento Jurídico, toda vez que ha quedado acreditada la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño producido, debiéndose indemnizar a la reclamante en los términos expuestos en el Fundamento IV.3.