



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 593/2012

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de diciembre 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 H.G.G.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 545/2012 IDS)\*.*

## FUNDAMENTOS

### 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. El reclamante fue intervenido para limpiar la zona infectada tras la realización de una previa intervención (corrección quirúrgica de faldón abdominal), resultando una "deformación en la zona abdominal y un exceso cutáneo antiestético" que, pese a solicitarse, no se ha autorizado su reintervención correctora, razón por la que se encuentra recibiendo tratamiento terapéutico por parte de un psiquiatra por

---

\* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

“tara emocional tras haber visto frustradas sus expectativas en cuanto a la eliminación de la secuela de la obesidad mórbida”.

Los daños causados no fueron evaluados por la reclamante en su escrito inicial, tampoco cuando se le pidió valoración.

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 21 de noviembre de 2005, emitiéndose tras la correspondiente tramitación una Propuesta de Resolución el 2 de noviembre 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].

3. La Propuesta de Resolución culmina un procedimiento en el que, con carácter general, se han cumplido las previsiones de índole legal y reglamentaria que ordenan y regulan tales procedimientos, sin perjuicio de que más adelante se efectúen algunas consideraciones en relación con alguno de sus extremos.

4. La presentación de la reclamación ha sido efectuada dentro del preceptivo plazo de un año que dispone el art. 4.2.2º párrafo del Reglamento de los Procedimientos Administrativos en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP), al haber sido dado de alta definitiva el 16 de diciembre de 2004.

5. La Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín es competente para la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial - de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 22 de abril de 2004, del Director del Servicio Canario de la Salud, por la que se delega en este órgano la citada competencia- que deberá seguir lo establecido en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, acordándose por el órgano instructor realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la Resolución que ponga fin al procedimiento, con suspensión del plazo máximo para resolver.

6. La reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, de conformidad con lo que dispone el art. 6.2 RPAPRP. En las actuaciones consta la realización de los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), con las matizaciones que luego se dirán.

Obra en las actuaciones el preceptivo informe del Jefe del Servicio de Cirugía Estética del Hospital Dr. Negrín de Las Palmas de Gran Canaria (art. 10.1 RPAPRP).

También consta la realización del trámite probatorio, consistente en petición expresa de "aclaración de forma expresa por parte del Servicio de Cirugía Plástica diferentes cuestiones planteadas por el reclamante" y revisión del reclamante (art. 9 RPAPRP).

Se ha cumplimentado el trámite de audiencia (art. 11 RPAPRP), al que compareció la parte, retirando copia de documentación y presentando escrito - aunque la Propuesta, erróneamente en su antecedente de hecho quinto, dice que el reclamante no procedió "a personarse a la manifestación del expediente"- en el que expresa que "no puede estar de acuerdo con el contenido de los informes emitidos por el Servicio de Inspección y Prestaciones y por el Servicio de Cirugía Plástica (...) razón por la que quedan impugnados". Debe entenderse que la parte se reitera en su posición inicial.

7. Obra asimismo la preceptiva intervención del Servicio Jurídico del Gobierno [art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 19/1992, de 17 de febrero], por tres veces.

La primera, para indicar que la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud no era el órgano competente para dictar la Resolución enviada con forma de Propuesta.

La segunda, para expresar su disconformidad con la Propuesta formulada, toda vez, por un parte, que el reclamante interesó "informe aclaratorio (...) del Jefe del Servicio de Cirugía Plástica" prueba que, pese a admitirse, "no llegó nunca a practicarse", debiendo en consecuencia retrotraerse las actuaciones, a lo que se procedió. Por otra, que pese a que la Propuesta diga que se la ha dado al paciente "información adecuada", el impreso de consentimiento informado "deja en blanco el espacio correspondiente al procedimiento específico que se le va a practicar", ni explica -en contra de lo que dice la Propuesta- el modo "en que se va a efectuar la intervención, (ni hace) referencia a las características personales del afectado, que se le informa (*sic*) de las posibles consecuencias".

Por ello, interesa la emisión de los informes oportunos para "aclarar los términos en que fue prestada la información y, en concreto, si esa información abarcó los extremos consignados en la Propuesta de Resolución". A lo que se da sólo parcial respuesta.

La tercera, para expresar su conformidad con la Propuesta de Resolución.

8. Cierra el procedimiento la preceptiva Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación, que será adoptada por el Director del Servicio Canario de la Salud a tenor de lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de Ordenación Sanitaria de Canarias, de 26 de julio.

### III

El análisis de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución al Ordenamiento jurídico exige, siquiera someramente, efectuar un relato de los hechos y una exégesis de las actuaciones que integran el expediente.

1. Después de pérdida de aproximadamente 100 kg. tras 10 meses con dieta, el reclamante acude al Servicio de Cirugía Plástica para corrección de exceso cutáneo, secuela postobesidad mórbida.

2. El 19 de noviembre de 2004 se realiza dermolipectomía abdominal, con extirpación de aproximadamente 1.200 gramos, con transposición de ombligo.

3. Tras la revisión de la herida en el período 24-29 de noviembre, causa alta con buen estado de la misma. Tras presentar "fuerte dolor abdominal", el 2 de diciembre

de 2004 acude a consulta externa del citado Hospital, siendo derivado al Servicio de Cirugía Plástica donde se objetiva *“mal estado general, tumefacción abdominal y drenaje de contenido hemático a través de herida abdominal”*, decidiéndose su ingreso hospitalario (período 2-16 de diciembre de 2004) por *“hematoma abdominal postquirúrgico para desbridamiento y sutura”*.

4. La operación de *“limpieza de hematoma abdominal”* se realiza sobre la cicatriz resultante de la operación de *dermolipectomía* realizada el 19 de noviembre de 2004, lo que, según el reclamante, le ha provocado una *“deformación en la zona abdominal y un exceso cutáneo antiestético”*.

5. En la revisión de 15 de diciembre, la herida estaba *“muy bien”*. En nueva revisión de 20 de octubre de 2005, no se aconseja *“realizar más intervenciones por el problema de la sangre y porque no se van a obtener unos buenos resultados, ya que lo que nota es lo mínimo que puede quedar después de una obesidad mórbida”*.

6. El 20 de noviembre de 2005, el reclamante indica que *“nota la piel adherida al plano subyacente por debajo de la cicatriz”*. Se le explica que *“no procede la intervención por el riesgo que supone su talasemia para la resolución de un problema estético”*.

7. Citado en el Servicio de Cirugía General para el 18 de enero de 2006, no acude a la cita.

## IV

1. Para que proceda la responsabilidad patrimonial de una Administración, se precisa la efectiva realización de un daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizado; que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa de causa a efecto; y que ese daño sea antijurídico que el afectado no tienen la obligación de soportar, por no existir causa alguna que lo justifique.

Cuando de daños sanitarios se trata, la Propuesta recuerda que la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, no de resultado (SSTS de 9 de diciembre de 1998 y 11 de mayo de 1999), sin que las Administraciones Públicas sean *“aseguradoras universales de todos los riesgos”* (SSTS de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002). La responsabilidad *“precisa de una mala praxis médica”*, de modo que sólo si se ha vulnerado la *lex artis* respondería la Administración de los daños causados. Si la lesión causada es inherente al

tratamiento prestado, entonces estaríamos ante un daño que el enfermo estaría obligado a soportar, pues adolecería de la nota de antijuridicidad predicable de toda lesión indemnizable.

2. El Servicio de Inspección y Prestaciones, 31 de marzo de 2006, informa que "los hechos por los que reclama son inherentes a la intervención quirúrgica y así previstos y contenidos en el documento consentimiento informado. La evacuación de hematoma post quirúrgico no condicionó la nueva cicatriz ya que se lleva a cabo por la herida quirúrgica previa. La situación reclamada (leve deformidad) y condiciones particulares (alfatalasemia) del paciente no aconsejan reintervención según información del Servicio y como se hace constar en las anotaciones de la Historia Clínica correspondientes a las consultas de fecha 20 de octubre y 20 de noviembre de 2005".

En el presente caso, obra impreso firmado de consentimiento informado genérico, que no obstante "no deja de tener toda la información en cuanto a los riesgos y complicaciones".

3. El Servicio de Cirugía Estética informa, 6 de marzo de 2006, que: "1. El llamado exceso cutáneo antiestético abdominal del paciente es mínimo y prácticamente obligatorio, tras resección de grandes faldones abdominales, no teniendo relación alguna, como se asegura, con la cirugía de evacuación del hematoma. 2. La intervención quirúrgica resecó una gran porción de tejida cutáneo grasa abdominal. 3. La situación previa consistía en gran faldón abdominal secundario a pérdida masiva de peso. La intervención quirúrgica extirpó este exceso tisular. El hematoma posterior fue drenado por la misma herida quirúrgica previa. En ningún caso hubo infección como se asegura. Creemos que la valoración del caso, confrontando ventajas e inconvenientes, y dado la levedad de la deformidad que asegura tener, hacen no recomendable el volver a operar. 4. La cirugía corrigió el defecto que la pérdida masiva de peso ocasionó. La llamada deformación de la zona abdominal es habitual tras las grandes abdominoplastias".

En nuevo informe de 1 de diciembre de 2010, el Servicio precisa que, tras la intervención, "no se objetivan secuelas postquirúrgicas relacionadas con la intervención"; que el paciente tiene "laxitud púbica ya existente antes de la intervención abdominal y que ahora es más evidente para el paciente, al no estar oculta por el faldón abdominal extirpado. Se trata de un problema estético, que la cartera del Servicio Canario de la Salud no contempla".

En suma, la propia patología del paciente incide en el resultado, por lo que el daño por el que reclama carece del requisito de autijuricidad. Por ello, “no concurren los requisitos imprescindibles para que se genere la responsabilidad objetiva de la Administración”, como se hace constar en el resuelvo de la Propuesta.

## V

En relación con el consentimiento informado, el paciente tiene derecho a “decidir libremente después de recibir la información adecuada” (art. 2.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), debiendo respetarse “las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente” (art. 2.6 id.). Es el paciente el que debe decidir con “su propia y libre voluntad” (art. 4.2 id.).

El consentimiento deberá ser escrito con ocasión de la “aplicación de procedimientos que suponen riesgos” o presentaran “inconvenientes de notoria repercusión negativa sobre la salud del paciente” (art. 8.2 id.). Por otra parte, no es lo mismo que la falta de información y/o consentimiento tenga “influencia causal en la producción del resultado [(...) o] que si el tratamiento (sea) necesario” o sin alternativas viables (SSTS de 28 de diciembre de 1998 y 19 de abril de 1999).

Ninguna de las circunstancias excluyentes señaladas tienen constatación expresa en el expediente, en el que obra simplemente el consentimiento informado en impreso normalizado en el que ni siquiera se indica de qué operación se trataba, absolutamente inaceptable, por su forma y fondo. No solo no identifica la clase de intervención y cirujano interviniente sino que en el apartado 10 se dice que el paciente “leído con atención lo anterior y escrito y completado los espacios en blanco (lo que no es cierto). Entiendo claramente lo relativo a la operación y todo lo concerniente al proceso quirúrgico. Doy el consentimiento para el tratamiento o procedimiento expuesto”.

Del trámite probatorio resulta que tampoco se sabe quién dio la información al paciente ni quien le dio al reclamante el impreso de consentimiento informado para ser firmado, lo que pudo ocurrir “el día de la consulta” o el “día anterior a la intervención”, por el residente de guardia. Los documentos, sin embargo, acreditan que fue el día anterior a la intervención.

Estos extremos, que fueron observados por el informe del Servicio Jurídico, pudieran tener una especial relevancia pues el citado impreso de consentimiento indica que no deben tomarse “aspirina o medicación antiinflamatoria desde 10 días antes de la cirugía”, cuando el impreso lo firma el paciente “el día antes de la intervención quirúrgica”. Se desconoce si el paciente tomó o no esos medicamentos, pero lo cierto es la prohibición de tal ingesta medicamentosa se conecta con el hecho de que la misma puede aumentar el ya ordinario “riesgo de hemorragia” -el hematoma abdominal postquirúrgico “no es un hecho infrecuente”- y, de hecho, después de la primera intervención el reclamante tuvo que ser intervenido por “drenaje de contenido hemático a través de herida abdominal”.

No cabe duda que la información facilitada al paciente, sobre la que expresó su voluntad de someterse a la intervención requerida, no se atemperó a las exigencias legales. Y este hecho, siendo así que el reclamante tenía un factor hemático de riesgo (talasemia) que hacía recomendable evitar las hemorragias, hace absolutamente cuestionable -y hasta indemnizable- la defectuosa prestación del consentimiento, que le colocó en situación objetiva de riesgo.

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.

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 al 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.

Por otra parte, la reclamación pretende el resarcimiento de los siguientes daños: deformación abdominal y laxitud y flacidez cutánea. Además, la negativa a la reintervención -por no estar contemplada en la cartera de prestaciones- ha ocasionado que deba seguir tratamiento psiquiátrico.

Las cicatrices son probables, según el impreso de consentimiento. Por lo que concierne a la laxitud púbica, el informe del Servicio, de 1 de diciembre de 2010, manifiesta que "no se objetivan secuelas postquirúrgicas relacionadas con la intervención" y que "el paciente tiene "laxitud púbica ya existente antes de la intervención abdominal", ahora más evidente para el paciente, "al no estar oculta por el faldón abdominal extirpado". Se trata de un "problema estético, que la cartera del Servicio Canario de la salud no contempla". Aunque en ese mismo informe se dice, contradictoriamente, que la "laxitud abdominal se ha subsanado". Como

también hay contradicción en el hecho de que se diga por el Servicio que “en ningún caso hubo infección como se asegura (por el paciente)” mientras que en la historia clínica existe documento que dice “*intervenido el 19-XI-04. Infección y anemia postquirúrgica*”.

Por lo que atañe a la reintervención, el paciente estima que persiste el problema por el que fue inicialmente intervenido. La negativa, que le causa problemas psiquiátricos no concretados, se funda en que se trata de un problema estético no cubierto por la cartera de prestaciones; además, se trata de una leve deformidad que “no hace recomendable el volver a operar”, a lo que contribuye asimismo la alfatalasemia que padece (dolencia hemática que causa anemia).

La alfatalasemia, desde luego, no impidió la intervención primera, ni la reintervención. En todo caso, no se precisa de qué modo tal dolencia impide la intervención o puede influir en su mala evolución. Quizás, adoptando las medidas preventivas adecuadas, fuera un inconveniente que podría ser reevaluado.

Respecto de que se trata de un problema “estético”, ciertamente “la mejora estética o cosmética” no forma parte de los servicios comunes de prestación sanitaria [art. 4.a).4º del R.D. 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización], pero la primera intervención quirúrgica no era de naturaleza curativa, sino satisfactiva, por cuanto se trataba de corregir un problema estético y la intervención fue realizada por el Servicio de Cirugía Plástica. Por tanto, la Administración Sanitaria no puede alegar ahora que se trata de un problema estético no cubierto por la cartera de servicios comunes, en especial si los resultados de esa primera intervención no fueron los esperados por el reclamante, como consecuencia de los defectos indicados en el consentimiento informado. Además, el Anexo II. 8 del R.D. 1030/2006 hace referencia a prestaciones de salud mental de atención primaria y su Anexo III. 5 a los trastornos mentales objeto de atención especializada (sicosis, neurosis, trastornos de la personalidad etc.).

Por tanto, si por parte de la Administración se alega que la reintervención no es imprescindible y es meramente estética, tampoco lo era la primera, por lo que si como consecuencia de ésta se evidencia aún más una laxitud pública, al no estar oculta por el faldón abdominal extirpado, circunstancia de la que no fue debidamente informado el interesado, no cabe sino concluir que se le ha causado un daño indemnizable, lo que supone la infracción de la *lex artis ad hoc*.

Asimismo, dado que el reclamante alega unas secuelas psíquicas, posibles y razonables en este caso, debiera de valorarse adecuadamente por el Servicio de Psiquiatría la existencia de las mismas, al objeto, en su caso, de la consideración de las mismas en orden al cálculo de la correspondiente indemnización.

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 al interesado una indemnización que englobe tanto la realización de una intervención quirúrgica con un riesgo cierto y objetivable de una posible hemorragia -como así sucedió, siendo necesaria una segunda intervención para eliminar la misma-, según los antecedentes clínicos que conocía la Administración sanitaria, como por no obtenerse el resultado perseguido con la primera intervención satisfactoria, que ha evidenciado aún más la laxitud pública oculta bajo el faldón abdominal extirpado, circunstancias y consecuencias todas éstas de las que no fue debidamente informado el paciente. Además, en su caso, habrá de incrementarse dicha indemnización en caso de que estas actuaciones hayan ocasionado secuelas psíquicas al reclamante, 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.

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 no es conforme a Derecho porque el documento de consentimiento informado -genérico e incompleto- no cumple con las exigencias debidas, debiendo indemnizarse al reclamante en los términos indicados en el Fundamento V.