



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de julio de 2014.

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 (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 221/2014 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por la Consejera de Sanidad el 5 de junio de 2014 (R.E. 11 de junio de 2014), es la Propuesta de Resolución (PR) de un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud (SCS), Organismo Autónomo de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad 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, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo de la reclamante, (...), que en este caso actúa mediante la representación acreditada de la Letrada (...), y, por ende, de su derecho a reclamar, al pretender el resarcimiento de un daño que se le irrogó en su persona y cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por el SCS.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

2. Se cumple, por otra parte, el requisito de la no extemporaneidad de la acción. Y ello porque la reclamación se interpuso por la interesada el 18 de noviembre de 2010 (R.E. en Secretaría General del SCS el 19 de noviembre de 2010), siendo el hecho que genera el daño por el que se reclama una intervención de varices realizada el 28 de abril de 2010, constando como fecha de la última consulta a la que fue citada (si bien no acudió) el 17 de mayo de 2010. Por tanto, aunque se desconoce la fecha del alta del proceso asistencial, en todo caso es claro que no ha transcurrido un año. Además, la interesada presentó con anterioridad a la reclamación que nos ocupa otra por la misma causa ante la Dirección de Área de Salud de Gran Canaria, cuya contestación se produjo el 21 de julio de 2010.

3. El órgano competente para instruir y proponer la Resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, 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 Servicio Canario de la Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, 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

Los hechos en los que la reclamante basa su pretensión son los siguientes:

“PRIMERO.- Que (...) fue intervenida a consecuencia de unas varices el 28 de abril de 2010, por el Servicio Canario de la Salud, en el centro concertado de la Clínica S.R., por el cirujano Dr. (...)

SEGUNDO.- Que pasados ocho días desde la intervención acude (...) al ambulatorio del Cruce de Arinaga para, tal y como dice el informe antes aludido (de alta), quitarse los puntos por ATS, y cuál fue su sorpresa cuando le dijo el ATS que le atendió que no había punto alguno.

TERCERO.- Que a los pocos días de este hecho, el 14 de mayo, y ante los intensos dolores que padecía D., tiene que acudir a Urgencias, donde le atienden por una flebitis, y la remiten a Consultas Externas y es atendida por el Jefe de Servicio Dr. (...), el cual le practica trombectomía con anestesia local y se le prescribe heparina, y le dan hora para otra visita, pues tiene que empezar otra vez con todo el proceso para realizarse la intervención.

CUARTO.- Que tal y como señala el informe del Dr. (...), D. no fue intervenida por safenectomía, pese a que así se refiere falsamente en el informe de alta del Dr. (...) (...), esto es, que entró en quirófano y anestesiada para practicársele una intervención que no fue realizada, saliendo de la intervención con el mismo padecimiento por el que había entrado, dichos hechos han sido reconocidos por la Dirección de Área de Salud de Gran Canaria (...).

Se acompaña copia del informe del alta del Servicio en el que fue atendida en la Clínica S.R., del Jefe de Servicio del Hospital Insular, Dr. (...), copia de la contestación a la reclamación formulada ante la Dirección de Área de Salud de Gran Canaria (donde se señala expresamente: *"Respecto a la disparidad entre el tipo de tratamiento efectuado al que figura en el informe de alta se han tomado las medidas correctoras oportunas administrativas"*).

Por todo lo expuesto, se solicita una indemnización de 12.000 euros.

IV

En relación con el procedimiento, se han realizado las siguientes actuaciones:

- El 20 de diciembre de 2010, se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a la mejora de su reclamación. De ello recibe notificación el 2 de febrero de 2011, viniendo a mejorar su solicitud el 9 de febrero de 2011.

- Mediante Resolución de 15 de febrero de 2011, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se acuerda la admisión a trámite la reclamación. Tras tres intentos infructuosos de notificación por correo a la interesada, ésta recibe notificación de la referida Resolución por fax el 12 de mayo de 2011.

- El 17 de febrero de 2011, se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, lo que se reitera en posteriores ocasiones. Tal informe se emite el 17 de septiembre de 2013, tras haber recabado la documentación necesaria.

- El 15 de noviembre de 2013, se dicta acuerdo probatorio por el que se admiten a trámite las pruebas propuestas. De ello recibe notificación la interesada, por fax, el 4 de febrero de 2014, tras haberse intentado infructuosamente por correo.

- El 23 de diciembre de 2013, se acuerda apertura de trámite de audiencia, lo que se notifica mediante fax de 6 de febrero de 2014 por haber resultado también imposible su notificación por correo.

- Respecto de los trámites anteriores el 10 de marzo de 2014, se dicta Resolución por la Secretaria del Servicio Canario de la Salud para la inserción en el BOC de anuncio relativo a citación de comparecencia para notificación, cuya paralización se solicitó el 12 de marzo de 2014 por haberse notificado personalmente. A tal efecto, consta acta de comparecencia personal de la interesada de 12 de marzo de 2014.

- El 24 de marzo de 2014, se presenta escrito por la interesada en el que se ratifica en su reclamación inicial y da por reproducidos los documentos aportados en tal momento, añadiendo que del expediente deriva la existencia de responsabilidad de la Administración. A los efectos de proponer la terminación convencional del procedimiento, se fija como cuantía indemnizatoria la ya señalada de doce mil euros.

- A la vista de la documentación incorporada al expediente, el órgano instructor entiende que hay responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que el 26 de marzo de 2014 se solicita informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones para que se cuantifique la indemnización procedente. Este informe se emite el 4 de abril de 2014.

- El 8 de abril de 2014, se emite Propuesta de Resolución por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud que estima parcialmente la pretensión de la interesada. Posteriormente, sin que conste fecha, se emite borrador de Resolución por la Directora del Servicio Canario de la Salud. Estimada conforme a Derecho la PR por el informe del Servicio Jurídico, de 7 de mayo de 2014, se eleva a definitiva el 14 de mayo de 2014.

V

1. La Propuesta de Resolución viene a estimar parcialmente la pretensión de la reclamante. Se señala en ella:

“Este órgano instructor a la vista de lo actuado considera que al haberse producido un riesgo descrito de la escleroterapia practicada el 28 de mayo de 2010, la varicoflebitis, y del que no consta haya sido informada la reclamante, procede

indemnizar por el daño moral que ha generado la omisión de la constancia de la información en relación con el riesgo inherente no descrito. Dicho daño moral debe ser indemnizado en la cuantía propuesta por el Servicio de Inspección y Prestaciones esto es 1.500 euros”.

2. Pues bien, entendemos que la PR sólo resulta parcialmente conforme a Derecho a partir de las consideraciones que siguen. Por un lado, lo que reconoce la PR, la varicoflebitis sufrida por la interesada tras la intervención quirúrgica realizada el 28 de mayo de 2010, es iatrogénica tal y como señala el Jefe del Servicio de Angiología y Cirugía Vascular del Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil que atendió a la paciente tras aquella intervención (tanto en el informe emitido a petición de aquella y aportado por la misma, como en el recabado durante la instrucción del presente procedimiento, de fecha 18 de octubre de 2011).

Por tanto, la causa de la varicoflebitis sufrida por la reclamante tiene su causa en la intervención realizada el 28 de mayo de 2010. Esto se indica en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, de 17 de septiembre de 2013, al señalar: “ (...) *la flebitis/ varicoflebitis puede ser una complicación postquirúrgica, entre otras de la escleroterapia y se suele tratar con movilización de la extremidad, vendaje compresiva/media elástica, trombectomía si existen trombos y medicar heparina de bajo peso molecular, además de antiinflamatorios*”. Nos encontramos con la *materialización de un riesgo derivado de la técnica empleada (...)”.*

Sin embargo, a pesar de ser la causa del daño la intervención realizada, la paciente no fue informada del riesgo de sufrir tal daño, pues el documento de consentimiento informado firmado por aquella está en blanco, no estableciéndose ni el tipo de intervención ni sus riesgos ni la fecha ni el nombre del cirujano; sólo las firmas de éste y de la paciente.

Así, a pesar de alegarse por el cirujano que intervino a la reclamante que ésta fue informada verbalmente, ello no se ha probado. Antes bien, en el informe de alta de 28 de mayo de 2010, como intervención realizada consta: *“Safectomía y exéresis de múltiples trayectos varicosos”*, añadiéndose en las recomendaciones: *“Quitar puntos dentro de 8 días por ATS de Centro de Salud”*.

Ha quedado probado que la intervención realizada no fue aquella que figura en el informe de alta, y el consentimiento informado no se refiere a ningún tipo de intervención. Ante ello se contesta, a reclamación de la interesada, por la Dirección de Área de Salud de Gran Canaria, lo siguiente: *“Respecto a la disparidad entre el*

tipo de tratamiento efectuado al que figura en el informe de alta se han tomado las medidas correctoras oportunas administrativas”.

Pues bien, de lo expuesto resulta que hay relación de causalidad entre la actuación del Servicio Canario de la Salud y el daño sufrido por la reclamante, como complicación de la intervención realizada el 28 de mayo de 2010, sin que la paciente lo conociera y consintiera.

Asimismo, como señala la PR, sí resulta de la hoja quirúrgica la corrección de la técnica empleada, constando en el protocolo de la intervención “escleroterapia”, derivándose de tal hoja que la actuación del cirujano interviniente se consideró ajustada a la *lex artis*. Ahora bien, si es así desde el punto de vista puramente médico, no lo es así desde el punto de vista de la información al paciente, que constituye un elemento de juicio de la conformidad de la actuación médica a la *lex artis ad hoc*.

Así, es aplicable 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, cuyo art. 8, relativo al consentimiento informado, señala en su apartado 2, tras establecer que 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”.*

Por tanto, sin perjuicio de que en el presente caso no se ha acreditado que se ofreciera información verbal a la paciente, en todo caso era exigible que fuera escrita, y, además, en los términos del art. 10 de la citada Ley, donde, en relación con las condiciones de la información y consentimiento por escrito, se dispone: *“ 1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica 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”.*

Por ello, dado que el consentimiento informado que obra en el expediente es deficiente, debe concluirse que la información dada a la paciente no fue correcta, como bien señala la PR, pero sus efectos son los de que la intervención realizada no

contaba con el exigible consentimiento informado, siendo, por ello, no conforme a la *lex artis ad hoc* la actuación médica.

Es consolidada la jurisprudencia que concluye que el defecto del consentimiento informado se considera incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Así se señala, entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo de 2/10/1997, 3/10/2000, 14/10/2002, 26/2/2004 y 20/4/2005. En ellas se determina, precisamente, que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*, siendo un presupuesto y parte integrante de la misma por lo que su omisión o su prestación inadecuada, lo que ha ocurrido en este caso, implica una mala praxis, ya que, al no informar el médico al paciente de manera específica sobre la intervención médica y sus riesgos, se está incumpliendo una de sus obligaciones de medios, generando su incumplimiento la consiguiente responsabilidad administrativa.

De ello se deriva el hecho de que, no habiendo consentimiento válido, puede afirmarse que el paciente no tiene que soportar los riesgos no asumidos. Por esta razón, debe concluirse que la Administración ha adoptado la decisión por sí misma y, por ello, debe asumir las consecuencias del acto médico no consentido por el paciente.

Por lo expuesto, no resulta correcta la afirmación hecha en la PR de que el daño debe soportarse por la interesada por no ser antijurídico, pues la ausencia de consentimiento de la interesada determina la antijuridicidad del daño, y es que no habiendo mediado información adecuada y posterior consentimiento “conforme a ella” de los riesgos no hay título por el que la reclamante tenga que soportar el daño.

En cualquier caso, la PR, a pesar de aquel razonamiento, termina estimando parcialmente la reclamación al conceder una indemnización por la existencia de daño moral autónomo derivado de la falta de consentimiento informado. Sin embargo, tal afirmación no se considera suficiente, pues el art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) dispone que son indemnizables los daños que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar, esto es, que sean antijurídicos, por lo que en este caso procede indemnizar tales daños.

3. En cualquier caso, la PR contiene, por haberse indicado así en el informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones, un apartado destinado a la

cuantificación que correspondería por el daño físico, si bien termina concluyendo que no existió tal por haber sido sanada la reclamante.

Sin embargo, lo cierto es que se reconoce que la interesada sufrió un daño físico, constando en los antecedentes obrantes en su historia clínica que el 10 de mayo de 2010 aquélla acude a la consulta del Servicio de Angiología y Cirugía Vascular del Complejo Hospitalario procedente del Servicio de Urgencias del citado Complejo Hospitalario, por presentar dolor, siendo diagnosticada de un cuadro de varicoflebitis iatrogénica en tercio superior de la cara interna del muslo. Y también se deriva de los antecedentes que ello requirió un tratamiento posterior, consistente en practicarle una trombectomía bajo anestesia local y prescribirle heparina de bajo peso molecular durante 30 días, *“remitiendo el cuadro aunque la paciente manifiesta intenso dolor”*.

Por tanto, una vez establecido que el daño sufrido por la paciente existe y tiene relación de causalidad con la intervención realizada el 28 de mayo de 2010, y que tal daño es antijurídico por no haberse consentido por la paciente, procede indemnizar a ésta por todo ello.

Aquí debe indemnizarse por el daño físico, antijurídico, sufrido por la reclamante, en cuya cuantificación se incluyen los daños morales que conlleva, lo cual se determinó correctamente en la PR: *“ (...) de considerar que el daño producido indemnizable fuese la propia varicoflebitis producida (y resuelta) como daño antijurídico, la indemnización se calcularía teniendo en cuenta que la reclamante permaneció incapacitada desde el 28 de abril de 2010 (fecha de la escleroterapia) hasta el 17 de mayo fecha de la última cita a la que no acudió y tomando como referencia la Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones Tabla V que establece las indemnizaciones por incapacidad temporal: día de baja sin estancia hospitalaria, por cada día impositivo 58,41 euros. (De lo que resulta): 19 días x 58,41€ = 1.109,79 euros”*. Tal indemnización derivada del daño físico antijurídico vendrá a sumarse a la reconocida por la PR por el daño moral, *“distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”*.

Resulta, pues, que ha de resarcirse a la interesada en la cantidad de 1.109,79 euros por el daño antijurídico provocado. Tal indemnización derivada del daño físico antijurídico vendrá a sumarse a la reconocida por la PR por el daño moral, *“distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”*. La suma de ambas, por importe

de 2.609,79 euros, habrá de actualizarse con arreglo a lo establecido en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

Se considera parcialmente conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, procediendo indemnizar a la reclamante en la cantidad de 2.609,79 euros.