



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 255 / 2014

(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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 230/2014 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR) emitida por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS), Organismo Autónomo integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, tras la presentación de una reclamación de indemnización por daños que se alega se han producido por el que se considera deficiente funcionamiento del servicio público sanitario.

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, estando legitimada para solicitarla la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. En lo que respecta a los hechos alegados, corresponde remitirse a lo manifestado al respecto en el Dictamen anteriormente emitido en este mismo asunto (DCC 94/2013).

4. 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), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones

* Ponente: Sr. Brito González.

Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP).

II

1. El procedimiento comenzó a través de la presentación del escrito de reclamación el 26 de julio de 2005. Posteriormente, el día el 13 de febrero de 2013, se emite PR, que fue objeto del dictamen anteriormente referido, solicitándose la retroacción de las actuaciones con la finalidad de emitirse dos informes complementarios, lo que se hizo correctamente y se han tenido en cuenta a la hora de elaborar PR. Por último, el día 7 de mayo de 2014, se emitió la PR definitiva.

2. Concurren los requisitos constitucional y legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC.

III

1. La PR desestima la reclamación formulada pues, nuevamente, el instructor considera que no concurren los requisitos imprescindibles para que se genere la responsabilidad objetiva de la Administración al estimar que la asistencia sanitaria prestada fue adecuada al caso, sin que se infringiera en ningún momento la *lex artis*.

2. En el presente asunto, es preciso partir de una serie de hechos que se consideran suficientemente probados. Primeramente, el día 7 de noviembre de 2003 se le realizó una primera intervención a la interesada con la finalidad de extirparle un quiste endometriósico en el anejo derecho, observándose otro de 30 mm en el anejo izquierdo, que por diversas consideraciones médicas, que no se cuestionan, se decide no operar en esa primera intervención.

Posteriormente, el 30 de noviembre de 2004, dicho tumor llega a tener una medida de 10x12 cm., tal y como se constata en la segunda intervención que se le practica (laparoscopia).

En el informe complementario del Servicio de Obstetricia y Ginecología se afirma:

“Tras la primera intervención la señora fue vista en la consulta de ginecología nuevamente el 15/02/2004, donde se observó la nueva formación de 71x49 mm. En el momento de la intervención, 30/11/2004, la tumoración había alcanzado un tamaño de 10x12 cm. En el intervalo transcurrido de nueve meses no se exploró

nuevamente a la paciente ya que estaba en lista de espera para nueva intervención”.

3. A su vez, también resulta probado que el gran tamaño del tumor suponía, entre otras posibles complicaciones, un grave riesgo de sufrir la lesión uretral que finalmente padeció la afectada, hecho éste al que ya se hizo referencia en el Dictamen anterior, pues en el informe del Servicio de 9 de enero de 2008 se afirmó que “ (...) *la intervención realizada el 30 de noviembre de 2004 presentaba diversos factores de riesgo para lesión ureteral (gran tamaño de tumoración anexial (...))* ”.

4. Por último, tal y como se señala en el informe complementario del Servicio de Urología, a diferencia de lo que ocurrió durante el periodo de lista de espera para la segunda intervención quirúrgica ginecológica, durante el que no se le hizo exploración alguna durante nueve meses, el Servicio de Urología afirma que se le hizo un TAC, fue atendida en una consulta externa de dicho Servicio, todo ello, sin incluir la consulta de preanestesia, que también se le efectuó durante dicho periodo.

Además, se afirma por el experto en la materia que el permanecer durante cuatro meses con una nefrostomía no supone un incremento del riesgo de infección postoperatoria, si bien es recomendable no alargar el tiempo innecesariamente, lo que no se ha hecho en este caso.

5. En el supuesto analizado, en lo que se refiere exclusivamente a la inclusión de la interesada en una lista de espera para realizarle la segunda intervención ginecológica, cabe señalar que el hecho de que se le haya incluido en una lista de espera siguiendo los parámetros normativos establecidos al respecto (Decreto 116/2006, de 1 de agosto, por el que se regula el sistema de organización, gestión e información de las listas de espera en el ámbito sanitario y las Ordenes Departamentales dictadas al efecto), no implica que durante tal periodo de tiempo, en este caso de 9 meses, tal y como afirma el Servicio, ello deba suponer la ausencia del más mínimo seguimiento de su dolencia, máxime siendo la endometriosis un proceso de evolución imprevisible como se afirma en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS, emitido el 17 de febrero de 2009.

6. En este sentido, por ejemplo, en el Dictamen de este Consejo Consultivo 134/2009, de 1 de abril, se afirmó que:

"La Propuesta de Resolución fundamenta la corrección de la actuación sanitaria en la inevitabilidad de las listas de espera, teniendo en cuenta el aumento de pacientes con la patología presentada por el reclamante. En este sentido, si bien la existencia de la lista de espera es efectivamente inevitable (STS de 24 de septiembre de 2001, Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003 y 24 de noviembre de 2004), dado los limitados medios de que dispone la Administración sanitaria y por ello su sola existencia no evidencia un funcionamiento anormal de la Administración, sin embargo, no puede ampararse en este criterio cualquier situación en la que los pacientes han de aguardar para ser atendidos, al margen de la disponibilidad de los medios sanitarios, como parece haber acontecido en este caso", todo lo cual es aplicable al presente supuesto.

Así, la problemática que da lugar a la existencia de listas de espera en modo alguno puede justificar el incumplimiento de la obligación de medios que es propia de la Administración sanitaria, ya que en este caso ante el carácter imprevisible de la evolución de su patología, ante el peligro de que el tumor creciera de modo rápido y excesivo, como realmente aconteció, se debió llevar a cabo un seguimiento mínimo del estado, tamaño y evolución del quiste observado en la segunda intervención, - que en tal momento y de forma correcta se decidió no intervenir-, especialmente, a partir del momento en el que se constató que había aumentado el tamaño inicial de 30 mm. a 71x49 mm.

7. En lo que se refiere a la intervención destinada a solventar la lesión urológica, ésta se desarrolló de forma correcta, dentro de un plazo adecuado, realizándosele a la interesada las pruebas diagnósticas precisas y el correspondiente seguimiento de su dolencia, incluso durante el periodo de espera.

La infección postoperatoria sufrida a consecuencia de tal intervención es propia del tipo de cirugía empleada y de la propia dolencia, lo cual se ha demostrado a través de la información médica obrante. Además, la misma se curó también de forma adecuada sin dejarle secuelas a la interesada.

Sin embargo, es cierto que se incumplieron las obligaciones relativas al consentimiento informado, sólo en lo que se refiere a la intervención efectuada por el Servicio de Urología, no demostrándose de modo alguno que se le informara verbalmente de los riesgos propios de la intervención, pero aunque ello hubiera sido así, también supondría un cumplimiento deficiente de tal obligación.

Así, ha manifestado este Organismo, Dictamen 603/2012, de 27 de diciembre, entre muchos otros, siguiendo la reiterada y constante Doctrina jurisprudencial en la materia según la cual:

« (...) 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 artículo 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) (...) el artículo 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 el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso", y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito».

No obstante, siendo cierto que el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de esta obligación constituye *per se* una infracción de la *lex artis*, ello sólo genera responsabilidad patrimonial si concurre relación causal entre la actuación médica y el daño padecido, lo que no ocurre en este caso por las razones expuestas.

Así, en el Dictamen anteriormente citado se indicó:

"Ahora bien, como señala la STS de 19 de mayo de 2011, la jurisprudencia ha ido evolucionando en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable [así, en la Sentencia de 4 de abril de 2000], a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado, con cita al respecto de las Sentencias de 26 de febrero y 19 de junio de 2008, a las que habría que añadir las más recientes de 30 de septiembre de 2011, 2 y 27 de noviembre de 2011 y 3 de abril y 2 de octubre de 2012 (...).

(...) el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (Sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002, 26

de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo”.

8. La interesada fundamenta su reclamación en que *“la atención médica recibida fue deficiente, con peligro para la integridad física de la paciente, sometiéndola a dolores, fiebre y zozobra emocional, con patologías sobrevenidas en razón de la dejadez y falta de compromiso en la atención médica, mayor tiempo de dolencia y sometimiento de la vida familiar y laboral, a las incidencias médicas, por lo que reclama el importe de 9.105 euros”*.

Por todo lo dicho, podemos concluir que en lo que se refiere a la actuación del Servicio de Ginecología y Obstetricia ha existido un mal funcionamiento del Servicio, puesto que la falta de seguimiento médico adecuado de la evolución del tumor implicó que su excesivo tamaño, a la hora de ser extirpado, le generara un grave problema urológico que requirió de una nueva intervención quirúrgica, problema evitable de haberse cumplido con la obligación de medios que le es propia a la Administración sanitaria.

Concurre pues relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y los daños reclamados por la interesada, que se concretan en la agravación de los riesgos de la segunda intervención; en la concreción de uno de los mismos, el urológico; y en la necesidad de someterse a una nueva intervención quirúrgica, que conllevó, a su vez, como riesgo propio, una grave y peligrosa infección, sin perjuicio todo ello, del daño moral que todo ello le ha causado y por el que también reclama.

No hay duda que en este concreto punto ha existido un incorrecto funcionamiento de la Administración que ha de ser convenientemente indemnizado. El tratamiento médico recibido no fue el adecuado; la falta de seguimiento del tumor que le fue detectado privó a reclamante de ciertas expectativas, provocándole incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber seguido el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación; es decir, que hubiese recibido un seguimiento adecuado, en tiempo y forma del tumor detectado, por lo que se le privó de la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran tenido un curso distinto.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, es contraria a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento III de este Dictamen.

2. A la interesada le corresponde la indemnización solicitada, que engloba los daños físicos y morales sufridos, y que resulta ser proporcional a su gravedad y extensión.

3. 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 de acuerdo con el art. 141.3 LRJAP-PAC.