



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 4 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 22 de julio de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución 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. 214/2016 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado por el Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de dictamen ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 23 de junio de 2016. 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 (RPAPRP).

2. El fundamento fáctico de la pretensión indemnizatoria descansa en las alegaciones vertidas por la interesada en su escrito de reclamación. En suma, la misma alega:

«(...) El 10/12/2009 (...) centro hospitalario (...) manifiesta la Doctora “este bultito no me gusta le vamos a meter mano” y me realiza una punción sin anestesia, sin información

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

verbal ni escrita (...) Finalizada la intervención, quedé con un fuerte dolor, pero me manifiestan que "es normal".

(...) sobre las 18:00 horas de la tarde, de ese mismo día cuando, siendo el dolor ya insoportable (...) atendida en urgencias.

Allí me especifican que el pulmón derecho no ventila nada (...) me trasladan urgentemente para Santa Cruz al Servicio de Urgencias del Hospital Nuestra Señora de la Candelaria, donde me hacen una radiografía, la cirujana explica que el PAAF realizado ha perforado el pulmón, por lo que quedo ingresada durante 4 días en los cuales fui intervenida, causando baja laboral posteriormente.

(...) mediante escrito de 29/03/2010 que me informen (...) formulo denuncia por la que se incoan diligencias previas 1275/2010, ante el Juzgado de Instrucción nº1 de los de Santa Cruz de Tenerife, sobre cuya causa se termina por acordar el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones mediante Auto de 16/05/2011, con reserva de las acciones civiles a favor del perjudicado (...).

La reclamante, en escrito posterior, solicita del Servicio Canario de la Salud indemnización con la cantidad que asciende a 30.000 euros, por las lesiones físicas y psíquicas producidas, así como por las secuelas y el daño patrimonial sufrido.

3. En el presente caso se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de la afectada, al pretender el resarcimiento de un daño que ha sufrido en su persona por la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

4. Asimismo, 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.

En concreto, 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.

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.

5. En cuanto al requisito de no extemporaneidad de la reclamación, el escrito de reclamación que se analiza se presentó el 1 de junio de 2012, si bien consta en el expediente escrito de reclamación anterior de fecha 29 de marzo de 2010 (folio nº 247 del expediente), respecto de un daño que quedó determinado tras la realización de una radiografía el 10 de diciembre de 2009, que puso de manifiesto el error causado en la intervención quirúrgica realizada en el mismo día. Por las razones expuestas, el derecho a reclamar no ha prescrito.

II

1. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones realizadas:

Primero.- Con fecha 1 de junio de 2012, la interesada presenta el escrito de reclamación ante el SCS.

Segundo.- Con fecha 25 de junio de 2012 se requiere de la interesada la subsanación y mejora de la reclamación presentada. La afectada aporta la documentación requerida.

Tercero.- En fecha 23 de julio de 2012, se emite Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, mediante la que se admite a trámite la reclamación formulada; se remite a la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Ntra. Sra. De Candelaria (HUNSC) la documentación que obra en el expediente para continuar con su tramitación; y se solicitan los informes preceptivos del Servicio presuntamente causante del daño así como del Servicio de Inspección y Prestaciones, acordando la suspensión del plazo para resolver el procedimiento y notificar la resolución por el tiempo que media entre la solicitud del informe preceptivo y la recepción del mismo y, en todo caso, por un plazo máximo de tres meses; notificar a la interesada la Resolución.

Cuarto.- La Instrucción del procedimiento recaba el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, la historia clínica de la paciente, el informe del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología y el informe del Servicio de Radiodiagnóstico.

Quinto.- En fecha 5 de abril de 2016, consta Resolución del Secretario General del Servicio Canario de la Salud mediante la que se suspende el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y se inicia procedimiento abreviado proponiendo a la interesada la terminación convencional con acuerdo indemnizatorio con la cantidad propuesta por el Servicio Canario de la Salud en informe

complementario de 22 de marzo de 2016, que asciende a 900 euros en concepto de daños morales.

Sexto.- Con fecha 15 de abril de 2016, la reclamante presenta escrito de alegaciones, mostrando su disconformidad con la Resolución de 5 de abril de 2016, porque no se le dio traslado de los informes del Servicio de Inspección y Prestaciones y porque se produjo una infracción de la *lex artis* durante la técnica diagnóstica a la que se sometió de la cual se derivaron secuelas. Además, alega que en el año 2010 presentó el primer escrito de reclamación y, seguidamente, la primera reclamación en el año 2009.

Séptimo.- Con fecha 10 de mayo de 2016, la Asesoría Jurídica informa sobre el borrador de Resolución parcialmente estimatoria, y lo hace considerando que no procede la reconducción del procedimiento por los trámites del abreviado debido a que no resulta inequívoca la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público afectado, ni en la cuantificación del mismo.

Octavo.- Con fecha 12 de mayo de 2016 se solicita informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones, acerca del origen del neumotórax que padeció la reclamante. Con fecha 24 de mayo del mismo año, el Servicio de Inspección y Prestaciones emite el solicitado informe, en el que consta que el neumotórax tuvo un origen iatrogénico.

Noveno.- Con fecha 1 de junio de 2016, se notifica el acuerdo probatorio y el trámite de audiencia a la interesada. Con fecha 14 de junio, la interesada aporta escrito de alegaciones en el que muestra su disconformidad con los informes emitidos por el Servicio de Inspección y Prestaciones, reitera la ausencia del documento de consentimiento informado para la prueba de PAAF que se le realizó, y que la deficiente asistencia médica recibida fue la causante del neumotórax iatrogénico que padeció. Por lo demás, no adjunta al expediente la reclamación en el año 2010, ni tampoco la hace constar como prueba a efecto de cómputo de plazo para reclamar.

Décimo.- Finalmente, el 21 de junio de 2016 se emite la Propuesta de Resolución de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la afectada.

2. El procedimiento, una vez admitida a trámite la reclamación, ha sido instruido conforme a la normativa que lo ordena. No obstante, el plazo de resolución está vencido justificándose en parte la demora al haberse tramitado un procedimiento

judicial. No obstante, sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, la demora no exime a la Administración de resolver expresamente (arts. 42.1 y 7 y 141.3 LRJAP-PAC).

3. En cuanto al procedimiento judicial, el Auto de fecha 26 de mayo de 2011 concluye que «de lo actuado no parece debidamente justificada la perpetración del hecho que dado motivo a la formación de la causa», por lo que acuerda, entre otros extremos, el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa.

III

1. Antes de entrar en el fondo del asunto, es importante recordar la jurisprudencia existente al respecto. Entre otras sentencias, cabría citar la Sentencia de 21 octubre 2010, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), que indica:

«(...) toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho "a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal o escrita, su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento" -apartado 5- "a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento del usuario para la realización de cualquier intervención", es reiterada la doctrina jurisprudencial, por todas citamos la sentencia de nueve de diciembre de dos mil ocho, recaída en el recurso 6580/2004, que declara que "cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, no resulta suficiente la existencia de una lesión -que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable-, sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis" como modo de determinar cuál es la actuación médico correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible, ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o salud del paciente (...) "».

2. En cuanto a los antecedentes médicos de la paciente relativos al caso, constan en el expediente los siguientes:

Con fecha 9 de diciembre de 2009, se realiza mamografía en el HUNSC, apreciando en mama derecha nódulo de bordes desdibujados en cuadrante superior, motivo por el que se le cita al día siguiente para práctica de ecografía y posible punción para biopsia.

El día 10 de diciembre de 2009, por la mañana, se realiza PAAF mamaria derecha sobre el mencionado nódulo. Esta técnica fue realizada sin haber firmado la paciente el documento de consentimiento informado (DCI)

Ese mismo día, por la tarde, acude al Servicio de Urgencias del Centro de Salud Candelaria, por dolor en hombro derecho y sensación de disnea. Se deriva al HUNSC, donde se realiza radiografía de tórax, en el que se objetiva: «neumotórax derecho. No desplazamiento mediastínico. No se visualizan fracturas costales derechas». Así pues, se diagnostica de, «neumotórax derecho de probable origen iatrogénico». Se coloca tubo de drenaje pleural y pasa a planta de Cirugía Torácica donde permanece ingresada desde el 11 al 15 de diciembre de 2009. Dada su estabilidad clínica, se decide alta hospitalaria. El juicio diagnóstico es de «neumotórax derecho iatrogénico, nódulo mamario derecho, a estudio». Tabaquismo. Probable EPOC.

3. Respecto a la intervención realizada en relación con su adecuación a la *lex artis*, de los informes médicos obrantes en el expediente (particularmente el del Servicio de Inspección y Prestaciones) se desprende:

«Acerca de la técnica PAAF empleada, el informe médico forense, de 9 de febrero de 2011, expone que esta prueba intervencionista es rápida y económica. No requiere preparación y es prácticamente inocua, Utiliza agujas de grosor 25 a 21 (0,8mm) para extraer células de una lesión y determinar si hay benignidad o malignidad.

La ecografía es muy útil para localizar lesiones mamarias no palpables, ya que se tiene un control en tiempo real sobre la posición de la aguja de biopsia, permitiendo que la precisión sea grande, aunque siempre depende de la pericia del operador que realiza el procedimiento. La posición de la paciente, en decúbito supino o lateral, hace que se tolere bien y se eviten las lipotimias. Pero tiene el inconveniente de que se puede producir de manera accidental un neumotórax iatrogénico en el caso de lesiones muy próximas a la pared torácica. Esta complicación es muy poco frecuente, sobre todo en manos experimentadas.

El ángulo de entrada de la aguja puede ser variable, pero lo más habitual suele ser introducir la aguja lo más paralela al tórax, dentro de lo posible, para evitar la complicación del neumotórax y obtener mejor ángulo de visión de la aguja.

Con fecha 25 de mayo de 2010, la Jefa de Sección del Servicio de Radiodiagnóstico, emite informe explicando que la punción del nódulo se realizó con la "orientación de la aguja paralela a la pared torácica", con aguja intramuscular de 4 cm., en contra de lo que expone la reclamante en escrito de alegaciones de 15 de abril de 2016 en relación con la posición de la aguja respecto a la pared torácica en el momento de la punción.

A pesar de cumplir el protocolo y ser realizada la técnica por una profesional con muchos años de experiencia, se entiende la posible perforación torácica con la aguja de la PAAF,

considerando el neumotórax originado, de causa iatrogénica, aunque, como bien expone el informe médico forense, no se puede afirmar al 100%, ya que la paciente presenta un probable EPOC. Esta enfermedad es crónica y se asocia al tabaquismo. Se caracteriza por una obstrucción permanente de las vías respiratorias que dificulta el paso de aire por los bronquios y que empeora con el paso de los años.

El neumotórax es la presencia de aire en la cavidad pleural con el consiguiente colapso pulmonar. Pueden ser: simples, secundarios, iatrogénicos o traumáticos. El caso de los neumotórax iatrogénicos suelen ser de pequeño volumen y no necesitan intervención. Si el neumotórax es de mayor volumen deberá drenarse y el tubo se retira al cesar la pérdida aérea.

El día 12 de febrero de 2010, la paciente es vista por el departamento de Tocoginecología, donde es remitida desde el Servicio de Radiología por biopsia compatible, con "Carcinoma ductal infiltrante". Se solicita preoperatorio para cirugía conservadora. Posteriormente fue tratada con Radioterapia Quimioterapia».

4. Por las razones expuestas, el Servicio de Inspección y Prestaciones concluye en su primer informe que la técnica diagnóstica punción y biopsia practicada a la paciente no solamente era necesaria sino que estuvo correctamente indicada, ya que fue la que permitió alcanzar un diagnóstico definitivo de carcinoma de mama, indicando la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración sanitaria debido a la inexistencia del documento de consentimiento informado, proponiendo la cantidad indemnizatoria en tal concepto de 1.737,25 euros, en la que quedan reflejados los días de hospitalización y días improductivos, más la inclusión de los daños morales.

No obstante, con fecha 11 de marzo de 2016 se solicita informe complementario del Servicio de Inspección y Prestaciones respecto a la cantidad que propone como indemnización, porque el órgano instructor consideraba que la inexistencia del documento de consentimiento informado conlleva la indemnización exclusivamente por los daños morales, siempre que la práctica médica se haya ajustado a la *lex artis*. Por ello, el Servicio de Inspección y Prestaciones estima que la cantidad indemnizatoria debe ascender a 900 euros, correspondiente a los daños morales soportados por la interesada.

5. No podemos ignorar en el presente caso las conclusiones indicadas en el informe médico forense de 9 de febrero de 2011, ya que consta que «la evolución del cuadro fue buena y sin secuelas».

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución estima parcialmente la pretensión del reclamante en la cantidad de 900 euros, con fundamento en la documentación médica obrante en el expediente, en especial, en los informes del Servicio de Inspección y Prestaciones.

2. En resumen, la interesada reclama del Servicio Canario de la Salud la cantidad de 30.000 euros correspondiente a los daños físicos y morales soportados durante la toma de biopsia del nódulo mamario, sin haber sido previamente informada de los posibles riesgos que conllevaba la práctica de dicha intervención, y que finalmente produjo una perforación del pulmón por la que tuvo que estar hospitalizada durante cuatro días. Así mismo, reclama también por las secuelas derivadas del presunto hecho lesivo.

3. Con todo lo expuesto anteriormente, se considera que la técnica médica empleada fue correcta y necesaria dada la enfermedad padecida por la interesada, sin perjuicio del daño soportado, constando con posterioridad la ausencia de secuelas y complicaciones. Además, los facultativos nos indican que la realización de la prueba dirigida a diagnosticar cáncer de mama, tal era el caso de la paciente, se dirige a determinar el diagnóstico y tratamiento precoz del mismo. Tanto la técnica médica practicada como el material empleado fue el correcto según todas las guías y protocolos empleados para el diagnóstico y control del cáncer de mama. Igualmente, se reconoce en la documentación médica adjunta la posibilidad, con un bajo porcentaje, de que si la lesión se localiza en profundidad podría producirse un neumotórax como complicación posible, tras la punción de la mama.

No obstante, la asistencia médica recibida en todo caso estuvo correctamente indicada y permitió alcanzar un diagnóstico certero y definitivo en la enfermedad de la paciente, la cual fue tratada conforme a la *lex artis ad hoc*, alcanzando una cura con buena evolución y sin secuelas. Por lo que no cabe reconocer indemnización alguna en tal sentido.

4. Sin embargo, el daño que se propone indemnizar corresponde a la vulneración del derecho que ostentaba la reclamante a expresar su deseo de someterse al riesgo finalmente sufrido por habersele privado de su derecho a decidir sobre su vida y no haberle permitido expresar su voluntad en relación a la prueba médica practicada, por lo que evidentemente se le debe indemnizar.

Al respecto, e independientemente de aquellos supuestos de intervención con carácter urgente, cierto es que el paciente siempre debe ser oportunamente informado sobre los riesgos y efectos adversos que conlleva una concreta actuación sanitaria, ya que a partir de la misma manifiesta su consentimiento o no de someterse a una determinada intervención, asumiendo sólo así voluntariamente los riesgos físicos y sobre su vida que de esta se derive cuando se haya actuado conforme a la *lex artis ad hoc*.

Estamos por tanto ante una reclamación no por mala praxis médica, pues quedó acreditado que se actuó conforme a la *lex artis ad hoc*, sino por el daño moral derivado de la falta de información al paciente. Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo señala, tal como indica la Asesoría Jurídica Departamental en su informe, que no existen criterios objetivos para su cuantificación debiendo cuantificarse en una cifra razonable atendiendo a las circunstancias del caso. Indemnización que procede, pues se materializó un riesgo del que no había sido informada la paciente (STS de 8 de septiembre de 2015).

5. En definitiva, de acuerdo con la Propuesta de Resolución, procede indemnizar a la interesada exclusivamente por el daño moral soportado al habersele privado de su derecho a decidir sobre la citada intervención, habiendo quedado acreditada la ausencia del documento de consentimiento informado así como de cualquier otra información verbal o escrita.

La cuantificación del daño moral realizada por la Propuesta de Resolución (3% de la cantidad reclamada) se considera ajustada a Derecho, pues si bien pudiéramos discrepar del criterio que se utilizó para obtenerla la cifra resultante es superior a la que se obtendría de aplicar (de forma analógica, pues no es aplicable al supuesto analizado) el criterio señalado por la Ley 35/2015, de 2 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que fija para el criterio de «perjuicios excepcionales» en el que se encuadra este daño moral un límite máximo de incremento del 25% de la cantidad en la que se indemnice por «perjuicio personal básico».

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, se considera que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues debe estimarse parcialmente la solicitud en los términos en ella indicados.