



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 7 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 21 de febrero de 2018.

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. 11/2018 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. La interesada en este procedimiento solicita una indemnización que supera la cantidad de 6.000 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Esta Ley es aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

Resulta igualmente aplicable 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, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima LPACAP.

II

1. (...) formula con fecha 5 de mayo de 2016 reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud (SCS) en la asistencia sanitaria que le fue prestada.

La reclamante manifiesta en su reclamación que «tras ser intervenida en el Hospital (...) de cirugía de varices el día 7 de noviembre de 2015, la cual salió con éxito, tras catorce días fui ingresada de urgencias en el Hospital Universitario de Canarias, el día 20 de noviembre de 2015, tras sufrir un tromboembolismo pulmonar debido a la operación nombrada anteriormente, esto me ha causado crisis de ansiedad y una baja, por lo pronto hasta ahora, de cinco meses».

En su escrito inicial no cuantifica la indemnización que solicita, si bien en trámite posterior reclama la cantidad de 13.917,00 euros en concepto de incapacidad temporal. Indica que a esta cantidad habría que adicionar el importe correspondiente a las secuelas, si bien, al no haber sido valorada por un médico forense se ve imposibilitada para determinarlo.

2. En el presente procedimiento la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, al alegar daños personales como consecuencia de la actividad sanitaria, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, en cuanto titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

También se encuentra pasivamente legitimado el centro sanitario privado Hospital (...) porque la producción del daño, según alega la reclamante, fue causada por la intervención quirúrgica practicada en dicho Centro por cuenta del SCS en virtud de concierto sanitario.

Como hemos explicado en numerosos Dictámenes (31/1997, de 20 de marzo; 554/2011, de 18 de octubre; 93/2013, de 21 de marzo; 154/2016, de 16 de mayo y 48/2017, de 13 de febrero, entre otros), los conciertos sanitarios, cuya regulación

específica se encuentra en los arts. 90 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos. Conforme a la legislación de contratación administrativa, si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Por ello, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud, el SCS en este caso, como el centro sanitario privado concertado; porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo.

En definitiva, en el presente procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del SCS, junto a éste está legitimado pasivamente el centro sanitario privado concertado Hospital (...). Estas razones explican que el instructor haya llamado a éste al procedimiento en su calidad de presunto responsable del daño alegado, le haya solicitado informe sobre los hechos alegados como fundamento de la reclamación y le haya dado vista del expediente y los sucesivos trámites de prueba y de audiencia.

3. La reclamación ha sido presentada el 5 de mayo de 2016, en relación con la asistencia prestada el 7 de noviembre de 2015, por lo que no resulta extemporánea, al haber sido presentada antes del transcurso del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-PAC.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este 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 Autónoma, 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 SCS, 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.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un Dictamen de fondo.

Consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite mediante Resolución de la Secretaría del SCS de 11 de mayo de 2016 (art. 6.2 RPAPRP), en la que asimismo se resuelve comunicar a la reclamante que con la misma fecha se solicita, a través del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), el informe del Servicio cuyo funcionamiento haya causado la presunta lesión indemnizable, con 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.

Con fecha 1 de junio de 2017 se emite informe por el SIP y a él se acompaña copia de la historia clínica de la reclamante obrante en el correspondiente Centro de Atención Primaria, en el Hospital Universitario de Canarias (HUC) y en el Centro concertado. Se adjunta asimismo copia de los informes de los Servicios de Neumología y de Urgencias del HUC, así como el informe del Cirujano Vasculor del Centro concertado que practicó la intervención quirúrgica a la paciente.

El 6 de octubre de 2017 se dicta Acuerdo probatorio, en el que se admiten las pruebas documentales propuestas por la interesada, así como las recabadas por la Administración, si bien, dado que ya constan incorporadas el expediente, se ordena la continuación del procedimiento con el correspondiente trámite de audiencia.

A la reclamante y al Centro concertado se le ha otorgado en esta misma fecha el citado trámite de audiencia (art. 11 RPAPRP), sin que se presentaran alegaciones en el plazo concedido. Con posterioridad, se requirió a la interesada la cuantificación de la indemnización solicitada, lo que lleva a efecto el 19 de diciembre de 2017. En su escrito solicita una indemnización de 13.917,00 euros en concepto de incapacidad temporal, si bien a esta cantidad habría que adicionar el importe correspondiente a las secuelas, que no cuantifica en este momento al no haber sido valorada por un médico forense, por lo que indica que se ve imposibilitada para determinarlo.

El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada, que no ha sido sometida a informe de la Asesoría Jurídica Departamental [art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero], dado que en el expediente no se plantean cuestiones que no hayan sido resueltas previamente.

6. En este procedimiento se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide sin embargo que se dicte resolución, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.3.b) LRJAP-PAC.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, en la documentación obrante en el expediente constan los siguientes antecedentes, tal como han sido expuestos por el SIP en su informe:

- El 7 de noviembre de 2015, la paciente de 35 años de edad, tras firmar el documento de consentimiento informado, fue intervenida de varices sobre safena externa, flebectomía de la variz superficial y tratamiento con esclerosis de la safena proximal. Se realizó la intervención programada sin incidencias, eliminando a través de tres microincisiones una vena dilatada y de pared hipertrófica, que pudo extraerse sin dificultad. Se aplicó -por punción ecoguiada intraoperatoria- espuma en safena externa hasta cayado, sin incidencias. De conformidad con el protocolo aplicable, para evitar faltas de cumplimiento en la fase aguda de presoterapia, la paciente recibió un vendaje compresivo cubriendo todo el miembro inferior.

La evolución fue favorable y pudo ser dada de alta el mismo día de la cirugía, según protocolo habitual, tras administrar la primera dosis de heparina de bajo peso molecular de las diez que se prescribieron. Al alta el tratamiento prescrito fue: medidas de prevención de trombosis (instrucciones antiectásicas, vendaje compresivo 5 días seguidos con media de compresión fuerte hasta completar el mes y heparina de bajo peso molecular durante 10 días), tratamiento del dolor (paracetamol) y complejo vitamínico para tratar la macrocitosis hallada casualmente en la analítica.

- El día 21 de noviembre de 2015, a las 02:24 horas, 14 días después de la intervención de varices, la paciente acudió al Servicio de Urgencias del HUC, por presentar disnea brusca y dolor torácico de unas 43-72 horas de evolución, con la siguiente secuencia de actuaciones:

Se atiende de forma inmediata, con solicitud de pruebas complementarias (analítica) a los 12 minutos de su llegada, de radiografía de tórax a los 29 minutos. Una vez recibido el resultado de la analítica cursada, donde se confirma la sospecha

inicial de tromboembolismo pulmonar (TEP), se solicitó TAC de tórax a los 66 minutos de su llegada.

Con el diagnóstico de TEP segmentario derecho, se solicitó consulta al Servicio de Neumología para proceder al ingreso de la paciente, el cual fue firmado a las 10:45 horas.

Las pruebas complementarias efectuadas por el Servicio de Neumología, resultaron diagnósticas para enfermedad tromboembólica venosa aguda (tromboembolismo pulmonar más trombosis vellosa profunda de miembro inferior izquierdo). En la planta de hospitalización, la paciente evolucionó favorablemente, sin datos de insuficiencia respiratoria. Asimismo, la paciente fue sometida a estudio para posible trombofilia por el Servicio de Hematología, cuyo resultado fue negativo, descartándose tal patología.

- En fecha 26 de noviembre de 2015, se procedió al Alta Hospitalaria de la paciente.

2. En el presente caso la interesada centra su reclamación en la intervención de varices que se le practicó el 7 de noviembre de 2015 en el Hospital (...). Considera que como consecuencia de la misma sufrió el tromboembolismo pulmonar que se le diagnosticó en el HUC el día 20 del mismo mes y año.

La Propuesta de Resolución, por su parte, desestima la reclamación presentada, al sostener que la asistencia sanitaria prestada a la reclamante en el Hospital (...) con ocasión de la citada intervención fue correcta y la paciente había firmado el consentimiento informado en el que consta el riesgo de padecer trombosis o tromboembolismo.

3. El análisis de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución requiere tratar separadamente las dos cuestiones que en la misma se suscitan y que vienen constituidas, por una parte, por la efectiva adecuación de la asistencia sanitaria prestada a la *lex artis* en cuanto a los tratamientos y técnicas empleadas y, por otra, por las consecuencias que en orden a la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración presenta las condiciones en que fue prestado el consentimiento informado.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos señalados, es preciso tener en cuenta que, como se recoge en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y como obligadamente se repite en los Dictámenes de este Consejo Consultivo sobre reclamaciones de la responsabilidad

extracontractual por el funcionamiento del servicio público de la sanidad, se ha de considerar, por un lado, que este servicio se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo, de tal forma que el funcionamiento del servicio público de salud consiste en el cumplimiento de una obligación de medios y no de resultados. Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio se hayan obtenido unos resultados insatisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido de que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los ligados a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

De ahí que, para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son indemnizables, el criterio fundamental estriba en si esa asistencia se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual se define de la siguiente manera (STS de 26 marzo de 2004):

«Las Sentencias de 7 de febrero de 1990 y 29 de junio de 1990, expresaron: “que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada “lex artis ad hoc”, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional”, y ampliando dicha síntesis conceptual, cabe afirmar: que se entiende por “lex artis ad hoc”, como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o

arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos (estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado; siendo sus notas: 1) como tal "lex" implica una regla de medición, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la "lex" es un profesional de la medicina; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5): concreción de cada acto médico o presupuesto "ad hoc": tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha "lex artis"; así como en toda profesión rige una "lex artis" que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa "lex", aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán, en un sentido o en otro, los factores antes vistos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991)».

En resumen, la *lex artis ad hoc* consiste en la actuación a la que deben ajustarse los profesionales de la Salud, mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance.

Pues bien, en este asunto, los informes obrantes en el expediente permiten concluir, en el mismo sentido que la Propuesta de Resolución y sin que la interesada haya aportado prueba de contrario, que la asistencia sanitaria fue adecuada y que la complicación padecida es un riesgo posible de la intervención que puede concretarse en la paciente a pesar de que este tratamiento quirúrgico fuera correctamente realizado, por lo que ha sido, en definitiva, conforme a la *lex artis*.

Estos informes acreditan, en primer lugar, que la paciente fue correctamente diagnosticada y que se le proporcionó el tratamiento quirúrgico adecuado para su patología de varices. Esta intervención se desarrolló sin incidencias. Además, precisamente con la finalidad de evitar la posibilidad de trombosis o tromboembolismo, se le pautaron medias de compresión y tratamiento anticoagulante durante diez días (heparina), lo que resulta conforme a los protocolos médicos para el tipo de intervención practicada.

En este sentido, informa el facultativo del Centro concertado que como medidas preventivas del tromboembolismo se utilizaron medidas mecánicas (medias de compresión fuerte hasta completar el mes) y farmacológicas (bemiparina), empleando por tanto la combinación de los dos métodos más recomendados de prevención, que cubre a pacientes de bajo, medio e incluso alto riesgo de trombosis. Por lo tanto, indica, se aplicó el protocolo correspondiente para varices, que recomienda la literatura científica y la experiencia del Centro (...), con un grado de prevención, incluso superior al necesario para el perfil de la paciente (en la revisión de datos y anamnesis, la paciente no refirió ninguna enfermedad previa, ni haber sido intervenida antes, ni alergias; como únicos antecedentes madre con varices, un hermano operado de varices y padre amputado).

Asimismo, el informe del Coordinador de Urgencias del HUC, en su informe de 17 de abril de 2017 coincide en afirmar que el tratamiento profiláctico tras la intervención de varices fue el correcto, opinión que es compartida por el SIP.

El hecho de que este riesgo finalmente se concretara en la paciente, a pesar de haberse pautado el citado tratamiento preventivo, no supone que la asistencia sanitaria no se ajustara a la *lex artis*. Se trata por el contrario de un riesgo cuya concreción era posible en relación con el tipo de intervención y que no pudo evitarse a pesar de haberse pautado los tratamientos necesarios. Como señala el informe del facultativo del Centro concertado, estas medidas preventivas, aun cuando son muy eficaces y reducen el riesgo de trombosis y tromboembolismo, no lo evitan por completo. No es por tanto consecuencia de una inadecuada técnica sanitaria. La complicación, por lo demás, fue correctamente diagnosticada y tratada por los servicios sanitarios, con evolución favorable.

4. La Propuesta de Resolución desestima igualmente la reclamación por entender que consta en el expediente el consentimiento informado de la paciente, lo que impide calificar el daño de antijurídico.

Constan, efectivamente, en el expediente que la paciente suscribió el documento de consentimiento informado para la práctica de la cirugía de varices en el que figuran, como complicaciones posibles, entre otras, la trombosis y el tromboembolismo.

La paciente conocía, pues, los riesgos propios de la cirugía y fueron asumidos por ella. El consentimiento informado constituye uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los

objetivos terapéuticos que perseguía. De esta forma, los pacientes, en cuanto asumen los beneficios que se derivan de una intervención quirúrgica, asumen igualmente los riesgos cuya concreción resulte posible a pesar de que el acto médico fuera correctamente practicado. El deber de soportar que se concreten esas complicaciones resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que, de concretarse éste, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

En definitiva, de lo actuado en el expediente resulta que la asistencia sanitaria prestada al paciente fue conforme a la *lex artis*, por lo que la desestimación de la reclamación que se propone se considera conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...) se considera conforme a Derecho.