



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 6 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de mayo 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. 192/2018 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, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un Organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. La reclamante 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. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

II

1. (...) formula el 5 de mayo de 2017 reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud en la asistencia sanitaria que le fue prestada.

La reclamante expone en su escrito inicial, entre otros extremos, los siguientes:

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

- Con fecha 5 de mayo de 2016 fue operada de túnel carpiano de la mano derecha en la Clínica (...) por concierto con el Servicio Canario de la Salud. En el momento del alta hospitalaria es citada para revisión el siguiente lunes (9 de mayo de 2016) y se le indica que tome únicamente paracetamol.

- Es citada nuevamente para retirada de puntos el día 23 de mayo de 2016, sin que con posterioridad a esta fecha sea citada para revisar la herida.

- Comienza a encontrarse mal desde el día siguiente a la retirada de los puntos, acudiendo el 29 de mayo al Hospital Materno Insular, dado que desde hacía dos días tenía dolor en la mano, tumefacción y calor. En la exploración física aprecian estos síntomas y además fístula proximal, drena contenido purulento, edema generalizado de la mano, alteraciones de la sensibilidad 4º y 5º dedos de la mano derecha, dolor a la flexo extensión de los dedos 1º, 3º, 4º y 5º y relleno capilar inferior a 3 sg.

- Tuvo que ser intervenida debido a una infección por bacteria *Streptococcus Pyogenes* Grupo A y le pautan antibióticos. Fue citada para revisión.

- Tras la segunda operación ha tenido que realizar rehabilitación y se encuentra pendiente de una nueva intervención.

La reclamante considera que se trata de una persona de riesgo por ser diabética y obesa, sin que ello influyera para tener un mayor control de sus revisiones, hasta el punto de que, operada el 5 de mayo de 2016, no se le hace nueva revisión hasta cuatro días después y sin nueva cita para revisión. Añade que desconoce si la bacteria fue contraída en la operación o en el control posterior del día 9 de mayo, si bien los síntomas comienzan tras la retirada de puntos el 23 de mayo, por lo que considera que fue en este momento cuando contrajo la infección.

En cuanto a los daños sufridos indica que presenta problemas para la realización de tareas básicas y cotidianas, dolor en la mano, dormida y con hormigueos, cicatrices en la mano, problemas para dormir y tiene que usar dos aparatos.

Reclama una indemnización cifrada provisionalmente en 45.000 euros, sin perjuicio de mayor cantidad que pudiera corresponder tras la tercera operación.

2. En el presente procedimiento la reclamante ostenta la condición de interesada en cuanto titular de un interés legítimo, ya que pretende el resarcimiento de los daños físicos que ha sufrido como consecuencia, presuntamente, de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud.

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

También está legitimado pasivamente el centro sanitario privado Clínica (...) porque la producción del daño, según alega la reclamante, fue causada por la negligente actuación del personal sanitario de este Centro, que actuó por cuenta del Servicio Canario de la Salud en virtud de un 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 Servicio Canario de la Salud, junto a este Organismo está legitimado pasivamente el centro sanitario privado concertado Clínica (...). Estas razones explican que el instructor haya llamado a éste al procedimiento en su calidad de presunto responsable del daño alegado, con notificación de la Resolución de admisión a trámite de la reclamación, así como de los sucesivos trámites del procedimiento.

3. La reclamación ha sido presentada dentro del plazo que al efecto prevé el art. 67 LPACAP, por lo que no puede considerarse extemporánea.

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 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, 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, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 91.3 LPACAP. 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. 21.1 y 24.3.b) LPACAP.

En particular, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, tras su subsanación, el 4 de julio de 2017 y se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución, constando en el expediente el informe del Servicio de Traumatología y del responsable de enfermería del Hospital (...), así como las historias clínicas de la paciente obrantes en el citado Centro concertado, en el Hospital Universitario Insular de Gran Canaria y en el correspondiente Centro de Atención Primaria. Se ha incorporado también el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP).

A la reclamante se le ha otorgado asimismo trámite de audiencia, en el que presenta alegaciones en el plazo concedido ratificando su reclamación inicial.

El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada, que fue informada favorablemente por la Asesoría Jurídica Departamental [art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero].

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, sostiene la reclamante que la asistencia sanitaria recibida no fue adecuada, pues tras la intervención del túnel carpiano que le fue practicada el 5 de mayo de 2016 sufre una infección que, en su opinión, fue ocasionada por la falta de vigilancia y control de la herida, sobre todo

teniendo en cuenta que se trataba de una persona de riesgo (diabética, obesa y que toma medicación).

La Propuesta de Resolución, por el contrario, es de carácter desestimatorio de esta pretensión, sosteniendo que no concurren en el presente caso los requisitos necesarios que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que, por una parte, la asistencia sanitaria prestada fue ajustada a la *lex artis* y, por otra, la paciente suscribió el documento de consentimiento informado en el que constaba el riesgo de padecer infecciones.

2. La adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución exige tratar separadamente las dos cuestiones que en la misma se plantean.

Comenzando por la adecuación jurídica a la *lex artis*, como parámetro que determina la corrección de la asistencia sanitaria, conviene precisar con carácter previo que, como se recoge en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (SSTS de 24 de septiembre de 2004, 23 de septiembre de 2009, 29 de junio de 2011 y 11 de abril de 2014, entre otras muchas) y como obligadamente se repite en los dictámenes de este Consejo Consultivo, el servicio público de la sanidad 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 se constituye así como una obligación de actuar, sin que esta obligación 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. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, 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 es necesario 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 el criterio fundamental para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son indemnizables estriba en si ésta se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual se define como 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. Si el daño se ha producido por una mala praxis profesional, entonces es antijurídico y se considera causado por el funcionamiento del servicio público de salud y en consecuencia surge para éste la obligación de repararlo.

Procede ahora analizar, a la luz de esta doctrina, la corrección de la asistencia sanitaria prestada a la reclamante y su adecuación a la *lex artis*, adelantando ya que analizados los informes médicos obrantes en el expediente permiten sostener que la atención sanitaria prestada fue correcta, tal como sostiene la Propuesta de Resolución.

Así, consta en primer lugar acreditado en el expediente que la intervención quirúrgica practicada el 5 de mayo de 2016 en el Centro concertado cursó sin complicaciones y que, según consta en el informe operatorio, se llevó a cabo profilaxis antibiótica con cefazolina, lo que, según informa el SIP, puede reducir la incidencia de infecciones postoperatorias de la herida.

La paciente acudió a consulta de Traumatología del mismo centro hospitalario cuatro días después y en este momento se constató que había mejorado en cuanto al dolor y las parestesias de la mano y, tras retirar el vendaje para proceder a la cura de la herida, ésta presentaba buen aspecto. Se indica, según reconoce la propia paciente en escrito presentado con su reclamación, la limpieza diaria de la herida con agua y jabón y poner betadine y parche.

El día 23 de mayo se procede a la retirada de puntos, sin que se constaran incidencias.

Hasta este momento no se aprecia pues ningún síntoma indicativo de infección de la herida quirúrgica, por lo que no procede considerar que trae causa de la intervención practicada.

La paciente acude por primera vez al Servicio de Urgencias de Atención Primaria el 27 de mayo de 2016 por cuadro de dolor en miembro superior derecho de varios días de evolución con empeoramiento en las últimas 24 horas tras esfuerzo físico. A la exploración la paciente se encuentra afebril, con dolor en región palmar y antebrazo derecho, neurovascular conservado. No se observó eritema, fluctuación, inflamación, exudado, por lo que, según informa el SIP, no existían signos locales ni generales de infección. Por tal circunstancia, señala, no existía causa alguna para tomar muestras de exudados o secreciones por otra parte inexistentes, pautando entonces analgesia y control por su médico de Atención Primaria. Asimismo se le explican los signos de alarma y normas de evolución.

Al día siguiente sin embargo, también en consulta del médico de Atención Primaria, ya se observan signos inflamatorios y fiebre, por lo que es derivada al Hospital Insular con el diagnóstico de infección de la herida quirúrgica.

En este Centro se le realiza cirugía para drenaje y limpieza en la madrugada del 28 al 29 de mayo. Bajo anestesia general e isquemia en base del brazo, se realiza apertura y limpieza de absceso de la mano derecha. Se toman muestras para cultivo. Se realiza liberación y limpieza de tendones efectuando limpieza profunda con antisépticos y con suero. Durante la estancia hospitalaria se administran antibióticos y se procede nuevamente a la revisión quirúrgica y limpieza de la herida. La paciente evoluciona favorablemente y, al presentar evolución favorable, recibe el alta el 15 de junio de 2016, con controles posteriores por Traumatología y Rehabilitación. Consta finalmente que en revisión de 16 de enero de 2017, «realiza pinzas con todos los dedos, presentando en la pinza pulgar-50 dedo la mayor limitación. Ya corta mejor para cocinar y realiza las actividades de la vida diaria sin mucha dificultad. Buena evolución», encontrándose en pendiente de zetaplastia en mano derecha para liberar la retracción provocada por la cicatriz de la palma de la mano.

La paciente padeció pues una infección tras la retirada de los puntos de la herida. En los cultivos obtenidos de las muestras se obtiene *Streptococo pyogenes* multisensible, esto es, con una amplia susceptibilidad a familias distintas de antibióticos.

Informa el SIP que el *Streptococcus pyogenes* (estreptococo del grupo A) es uno de los patógenos bacterianos más importante de los seres humanos, está presente entre el 5 y el 15 por ciento de las personas sanas sin representar una amenaza. El reservorio de la bacteria es el hombre (piel, vías respiratorias superiores), es decir, que no se encuentra en la tierra o en el agua y la transmisión solo se produce persona a persona por contacto directo. Este microorganismo ubicuo es la causa bacteriana más frecuente de faringitis aguda y también origina distintas infecciones cutáneas y sistémicas.

En el expediente no se encuentra acreditado que la infección fuera contraída con ocasión de la retirada de los puntos de sutura, que, de acuerdo con el informe de enfermería del Centro hospitalario, se practicó siguiendo las medidas de asepsia protocolizadas. Indica el SIP a este respecto que a pesar de la correcta profilaxis antibiótica y de las curas en condiciones de asepsia, no se descarta que se pueda producir una infección de la herida quirúrgica, ya que se trata de un germen cuyo reservorio es el hombre y la transmisión se produce por contacto. Por lo demás, una vez detectada la infección, la paciente recibió los tratamientos quirúrgicos y antibióticos adecuados, consiguiendo su curación.

Por último, tampoco se encuentra acreditado en el expediente que la paciente necesitara mayores controles por su condición de diabética y obesa. Consta en el expediente que se trataba de una paciente con antecedentes, entre otros, de diabetes mellitus tipo II, sin complicaciones metadiabéticas y que con anterioridad a la intervención practicada en el Centro concertado fue valorada por especialista en Cirugía ortopédica y traumatología y efectuados los estudios preoperatorios. Entre ellos, se llevó a cabo una analítica, cuyos resultados evidenciaron un nivel de glucemia de 138 mg/dl. Según informa el SIP, son las sobrecifras séricas de glucosa mayor de 200 mg/dl las que pudieran favorecer las infecciones de la herida operatoria. La paciente no presentaba por ello un mayor riesgo por su condición de diabética, como así lo acreditan los controles posteriores a la cirugía, en los que no se evidenciaron signos de infección, que se mostraron a partir del 28 de mayo de 2016.

Por todo ello se considera que a la paciente se le dispensó una asistencia sanitaria adecuada por parte del Servicio Canario de la Salud.

3. Queda por dilucidar las consecuencias que en orden a la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración presenta el hecho acreditado de que la paciente prestara su consentimiento informado a la intervención practicada.

Es preciso tener en cuenta en este sentido que la adecuación a la *lex artis* no exige únicamente que se pongan a disposición de la paciente los medios precisos para tratar de curar la patología presentada y que éstos sean desarrollados en las debidas condiciones, sino también que aquélla reciba cumplida información acerca de las opciones clínicas disponibles y de los riesgos que las mismas engendran, ya que el contenido concreto de la información transmitida a la paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

A este respecto, 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 art. 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). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3 del mismo precepto), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la Ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el artículo 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 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.

El consentimiento informado constituye así 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 no se alcance un éxito terapéutico completo resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que, de concretarse éste, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

Por ello, la jurisprudencia de manera constante ha venido sosteniendo que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye una infracción de la *lex artis* que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, como expresamente reconocen las SSTS de 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, 19 y 25 de mayo, 4 de octubre de 2011, 30 de abril de 2013 y 26 de mayo de 2015, entre otras.

En el presente caso, consta, como ya se ha indicado, el consentimiento informado relativo a la intervención quirúrgica que fue suscrito por la interesada. En el mismo se indica que «toda intervención quirúrgica, tanto por la propia técnica operatoria, como por la situación vital de cada paciente (diabetes, cardiopatía, hipertensión, edad avanzada, anemia, obesidad, hipersensibilidad no conocida a fármacos) lleva implícitas una serie de complicaciones comunes y potencialmente serias que podrían requerir tratamientos complementarios, tanto médicos como quirúrgicos, así como un mínimo porcentaje de mortalidad». Dentro de las complicaciones de la intervención quirúrgica para el tratamiento del túnel carpiano, se hace constar, entre otras, la «infección de la herida». Este riesgo fue por consiguiente conocido y asumido por ella en el momento en que manifestó su consentimiento a la intervención, por lo que, desde esta perspectiva, la asistencia sanitaria puede considerarse también ajustada a la *lex artis*.

4. En definitiva, de lo actuado en el expediente resulta que la asistencia sanitaria prestada a la paciente fue adecuada y no ha quedado constancia de que la complicación padecida fuera debida a una mala praxis o actuación contraria a la *lex artis*. Por otra parte, la paciente recibió la debida información sobre los riesgos de la intervención, que fueron pues conocidos y asumidos por ella en el momento en que manifestó su consentimiento a la misma.

Se ha de concluir por ello que no concurren en el presente caso los requisitos necesarios para que proceda la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y, en consecuencia, se estima conforme a Derecho la Propuesta de Resolución.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación presentada se considera conforme a Derecho, de acuerdo con la argumentación que se contiene en el Fundamento III.