



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 588/2018

(Sección 2ª)

La Laguna, a 20 de diciembre 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 (...), en nombre y representación de (...), (...) y (...), por daños ocasionados por el fallecimiento de (...), como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 564/2018 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dada la cuantía reclamada (81.634,87 euros reclamados por la esposa del fallecido y 9.070,54 euros por cada uno de sus hijos), de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC). Está legitimada para solicitarla el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC.

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de 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.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, se delega en la Secretaría

* Ponente: Sra. de León Marrero.

General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud.

4. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resulta 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 Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al haberse iniciado el procedimiento antes de su entrada en vigor; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

Específicamente, resulta aplicable la Disposición Adicional Duodécima de la LRJAP-PAC, por cuanto los daños por los que se reclama se produjeron en un centro sanitario concertado con el Servicio Canario de la Salud (SCS), por lo que la reclamación ha de seguir la tramitación administrativa prevista en la propia LRJAP-PAC.

II

En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, procede reproducir los expuestos en el Dictamen de este Consejo Consultivo 358/2017, de 10 de octubre, anteriormente emitido en relación con este asunto, siendo los siguientes:

«Que el 22 de febrero de 2011 el paciente, (...), ingresó en la (...) de Santa Cruz de Tenerife, actualmente denominada (...) para ser intervenido quirúrgicamente de la cadera izquierda por dolor crónico en dicha articulación (se entiende que fue remitido a dicho centro hospitalario por el Servicio Canario de la Salud).

Al día siguiente se le efectúa una artroplastia total de la cadera izquierda bajo anestesia regional. Durante la intervención el paciente se mostraba inquieto y agitado, razón por la que decidieron anestesiarlo totalmente. Sin embargo, en el postoperatorio inmediato el paciente sufrió un cuadro de agitación e hipertensión arterial por lo que se decidió ingresarlo en la UVI.

Los reclamantes señalan que a consecuencia del exceso de anestesia que se le aplicó indebidamente a su causante durante esta primera intervención se despertó desorientado, en

un estado que califican de trastorno psíquico que, según refieren, lo padeció hasta su fallecimiento sin que los servicios sanitarios hicieran nada por evitarlo.

4. En días posteriores, el paciente presentó en la herida quirúrgica una infección por pseudomonas aeruginosa, que fue tratada con antibióticos con buena evolución.

El día 26 de febrero de 2011 el paciente sufrió en la planta de hospitalización una caída fortuita que le ocasionó fractura periprotésica, que requirió para su curación de una segunda intervención quirúrgica que se efectuó el día 3 de marzo de 2011, consistiendo en la aplicación de material de osteosíntesis en la fractura señalada, un recambio de la artroplastia y el lavado y desbridamiento de la herida, siendo ingresado, tras su finalización, nuevamente en la UVI por problemas de recuperación anestésica e inestabilidad hemodinámica, pero evolucionó satisfactoriamente y el día 5 de marzo de 2011 fue dado de alta de la UVI, pasando a planta.

Los reclamantes alegan que la caída de su causante se produjo porque el personal sanitario lo dejó solo, sin cuidado alguno, y al intentar levantarse se resbaló con el suelo mojado.

5. El día 10 de marzo de 2011, el paciente sufrió un cuadro de parada cardiorrespiratoria, falleciendo al no responder a la resucitación cardiopulmonar que se le realizó en la UVI.

En la autopsia se reveló que el paciente padecía una infección aguda que afectó al pulmón (bronconeumonía) y al corazón (miocarditis) que junto con sus patologías previas causaron su fallecimiento.

6. Los reclamantes consideran que el fallecimiento de su causante se debe exclusivamente a la mala actuación dispensada por los servicios sanitarios, concretándola en la falta de una adecuada supervisión y cuidado del paciente durante su hospitalización; el resultado anormal de las intervenciones quirúrgicas, que no tenían mayores complicaciones, el fallecimiento del causante; la falta de consentimiento informado; el exceso de anestesia y el inadecuado tratamiento de sus efectos y, por último, las infecciones nosocomiales tanto de su pierna, como la bronconeumonía y la miocarditis que finalmente causaron su fallecimiento.

Por tal motivo, reclaman una indemnización para la esposa del fallecido de 81.634,87 euros y de 9.070,54 euros para cada uno de sus hijos».

III

1. Por lo que se refiere al procedimiento, el mismo comenzó con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial el día 31 de julio de 2013; previamente se sustanció un procedimiento penal que finalizó con el Auto de 25 de julio de 2012, dictado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, notificado a los reclamantes el día 31 de julio de 2012, por el que se

desestimó el recurso de apelación interpuesto por los reclamantes contra el Auto de sobreseimiento provisional dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife.

El día 23 de septiembre de 2013 se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

2. Dicho procedimiento, como se señaló en nuestro Dictamen anterior, carecía de los preceptivos informes de los servicios médicos actuantes, si bien constaba en el primero de los informes del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) del Servicio Canario de la Salud obrantes en el expediente anteriormente remitido a este Consejo Consultivo que, por parte del mismo, se había solicitado en repetidas ocasiones al (...), centro concertado al que fue derivado el paciente a instancias del SCS, la remisión de dichos informes preceptivos, sin que tales requerimientos fueran debidamente atendidos.

3. El 24 de agosto de 2017 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, sobre la que recayó el Dictamen de este Consejo Consultivo, anteriormente mencionado, por el que se le requirió a la Administración la retroacción de las actuaciones «con la finalidad de emitir los preceptivos informes de los Servicios sanitarios actuantes, ya referidos, los cuales han de exponer de forma pormenorizada sus actuaciones desde el ingreso inicial del paciente hasta su fallecimiento, dando respuesta a las cuestiones planteadas por los reclamantes en su escrito de reclamación, con referencia incluida a la supervisión del paciente durante su hospitalización y a las infecciones nosocomiales sufridas por él, que causaron su fallecimiento, con expresión de los protocolos y medidas adoptadas para tratar de evitarlas.

Además, se ha de remitir a este Consejo Consultivo, junto con tales informes, los documentos correspondientes al consentimiento informado relativo a las dos intervenciones quirúrgicas y a las dos anestесias aplicadas con motivo de las mismas».

4. Pues bien, consta en la nueva documentación remitida a este Consejo Consultivo los diversos intentos efectuados por la Administración para obtener tales informes y la documentación correspondiente al consentimiento informado de los que ha hecho caso omiso el referido centro concertado, de forma indebida e injustificada, a los que se debe añadir todos los efectuados con anterioridad a la emisión de nuestro Dictamen.

En el presente asunto, obra el informe del SIP que en modo alguno puede sustituir al informe preceptivo del Servicio, que además no está basado, como normalmente se hace, en los informes preceptivos del Servicio, lo que implica que si bien puede tener valor aclaratorio y orientativo en este asunto, no se le puede atribuir valor probatorio alguno.

Pese a la omisión de dicho trámite y teniendo en cuenta no sólo los repetidos intentos del SCS a los que se ha hecho referencia, sino el hecho de que la reclamación se efectuó en 2013, este Consejo Consultivo entrará a resolver el fondo, con las evidentes limitaciones, con la finalidad de no contribuir a dilatar la resolución de este asunto y no ocasionarle con ello más perjuicios a los interesados.

5. El día 12 de noviembre de 2018, se emitió una nueva Propuesta de Resolución, de similar contenidos a las ya emitidas.

6. Concurren los requisitos legalmente establecidos para ejercer el derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 139 y ss. LRJAP-PAC), si bien la Administración continúa sin solicitar, ni los reclamantes han presentado, la documentación que justifica su relación de parentesco con el fallecido, que determina su legitimación, tal y como se señaló en el Dictamen anterior.

IV

1. La nueva Propuesta de Resolución, al igual que las anteriores, desestima la reclamación formulada, considerando el órgano instructor que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues no se aprecia ni mala praxis de los servicios sanitarios ni daño antijurídico.

2. En este caso, es preciso a la hora de entrar en el fondo, recordar la doctrina de este Consejo Consultivo acerca de la distribución de la carga de la prueba, señalándose que sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. Ello es así en coherencia de lo dispuesto con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la cual impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria (por todos, DCCC 238/2018).

Pues bien, en aplicación de tal doctrina, cabe afirmar que los interesados no han probado que las diversas actuaciones médicas efectuadas en este caso del SCS hayan

sido contrarias a la *lex artis*, ni tampoco que la caída que refieren se debiera a una negligencia en el cuidado y supervisión del paciente por parte de los servicios médicos, al igual que no se ha acreditado que el paciente sufriera una infección nosocomial debida a la falta de la exigible asepsia hospitalaria. Ello es así porque no se ha aportado ningún elemento probatorio que demuestre la realidad de las alegaciones de los interesados, pues incluso la prueba testifical practicada, la del Dr. (...), facultativo actuante en estos hechos, no permite considerar que las actuaciones médicas prestadas en este asunto fueran inadecuadas o deficientes.

3. Sin embargo, sí que la ausencia de la requerida, por este Organismo, documentación relativa al consentimiento informado, que se debió prestar en las dos intervenciones quirúrgicas realizadas, demuestra por sí misma que son ciertas las alegaciones de los interesados al respecto, es decir, ha quedado probado que nos encontramos por tal omisión ante una infracción de la *lex artis* que lesiona el derecho de autodeterminación del paciente.

4. Al respecto, este Consejo Consultivo ha señalado de forma reiterada y constante, por ejemplo, en el reciente Dictamen 534/2018, de 27 de noviembre, que:

«La Administración no ha acreditado que la paciente hubiese sido informada de todos los riesgos propios de la intervención, por lo que un consentimiento como el suscrito por la misma no da adecuado cumplimiento de las exigencias legales. Tampoco se ha acreditado que a la paciente se le haya ofrecido información verbal sobre las consecuencias posibles de la intervención y de sus mayores riesgos derivados de sus propias circunstancias.

Y es que, como se señaló anteriormente, la adecuación a la *lex artis* no exige únicamente que se pongan a disposición del paciente los medios precisos para tratar de curar la patología presentada y que éstos sean desarrollados en las debidas condiciones, sino también que aquella 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 al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

La Ley 41/2002 no solo 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, sino que añade, en el art. 8 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”.

Por ello, resulta relevante en el consentimiento informado la referencia a las alternativas posibles, máxime, en un caso como el presente en el que, nos hallamos ante una intervención debido a una enfermedad degenerativa articular, que podía aumentar el riesgo de complicaciones posteriores, como de hecho sucedió.

Sólo de esta manera el consentimiento informado resulta título jurídico que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los objetivos terapéuticos que perseguía. 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, en este caso, al ser de tal manera insuficiente el consentimiento informado, puede hablarse de carencia del mismo, con lo cual nos hallamos ante una infracción de la *lex artis* que lesiona el derecho de autodeterminación del paciente.

7. Sin embargo, también se ha de atender a que, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la regulación legal sobre el consentimiento informado debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento no realizado por escrito (Véanse, por todas, las SSTs de 4 de abril de 2000, RJ 2000\ 3258; de 1 febrero de 2008, RJ 2008\1349; y de 24 septiembre de 2012, RJ 2012\9228).

En relación con la omisión del consentimiento informado por escrito la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha señalado:

«(...) según la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento del deber legal de solicitar y obtener el consentimiento informado no da por sí solo derecho a indemnización. Véanse, entre otras, las recientes sentencias de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1349) y de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 6367). Ni que decir tiene que la conculcación del mencionado deber legal podrá dar lugar a sanciones disciplinarias; pero, si esa infracción va seguida de la curación del paciente, no hay daño en el sentido del art. 139 LRJ-PAC y, por consiguiente, no procede otorgar indemnización alguna. En otras palabras, el simple hecho de que una actuación médica sea ilegal no implica necesariamente que ocasione una lesión antijurídica. Ciertamente, podrá ser tachada de paternalista y, en ciertas circunstancias, ser castigada; pero, si no produce un mal al paciente, no hay daño en sentido técnico-jurídico.» (STS de 10 febrero 2009, RJ 2009\970).

En su Sentencia de 19 mayo de 2011 (RJ 2011\5778) reitera:

«Ya por último, la razón por la que debemos desestimar el segundo de los motivos de casación la encontramos en nuestra propia jurisprudencia, pues ésta ha evolucionado 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 (RJ 2000, 3258)), 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 (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3340), 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007 (RJ 2007, 884), 1 de febrero y 19 de junio de 2008 (RJ 2008, 6479), o las de nuestra Sala Primera , de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789) y 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6460)».

Resumiendo esta doctrina jurisprudencial en nuestros Dictámenes 59/2014, de 26 de febrero, y 397/2015, de 29 de octubre, dijimos:

«(...) la omisión del consentimiento informado documentado por escrito a una intervención quirúrgica no da por sí solo derecho a una indemnización. Para que surja éste es necesario que se haya causado un daño al paciente, bien debido a que se incurrió en negligencia profesional, bien porque, aun procediendo correctamente, se haya materializado un riesgo iatrogénico inherente a la intervención, de cuya eventualidad no había sido informado el paciente y por ende no lo había aceptado por medio de su consentimiento».

En este caso se han materializado esos riesgos derivados de la propia intervención, con una evolución tórpida, de los que no fue debidamente informada la paciente, empeorando sus dolencias y persistiendo el dolor continuamente, así como el bloqueo articular y la deambulación con muletas durante 2 años y 3 meses, hasta que se le realizó una segunda operación que le permite actualmente caminar sin muletas -tal y como afirma en sus últimas alegaciones la interesada, que no ha sido contradicha en este extremo por la Administración-, constituyendo estas complicaciones de la primera intervención un daño antijurídico y, por tanto, indemnizable. Por tanto, como se ha señalado anteriormente, la falta de esta información a la paciente, como de forma constante ha venido sosteniendo la Jurisprudencia y este Consejo (por todos, Dictámenes 303/2015, de 10 de septiembre, y 143/2017, de 2 de mayo), 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.

8. En definitiva, el defecto del consentimiento informado advertido, materializado en unos daños concretos (dolores continuos, bloqueo articular y deambulación con muletas, durante 2 años y 3 meses) se considera como un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* lo que ha manifestado un funcionamiento anormal del servicio público, al haberse ocasionado un resultado lesivo en la salud de la paciente como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento hasta que se le practicó una segunda operación quirúrgica que reversionó sus dolencias, originando tal falta de la información debida un daño moral, en la medida en que ha impedido que la interesada pudiera valorar los riesgos y posibles complicaciones de la intervención, cuya indemnización se ha de determinar aplicando los criterios de equidad y ponderación, tal y como ha considerado la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Supremo (sentencia de 4 de junio de 2013, que cita otras muchas, entre ellas la de 18 de julio de 2007). Por esta razón, aplicando dichos criterios y atendiendo a todas las circunstancias concurrentes en este caso, se considera oportuno que dicho daño moral debe valorarse por una cantidad a tanto alzado, resultado de aplicar un porcentaje entre el 15 y 20 por ciento de la cantidad reclamada, que supone un importe de 8.500 euros», siendo esta Doctrina plenamente aplicable a este supuesto.

5. Ello es así porque es cierta la ausencia de consentimiento informado y la existencia de un daño concreto y determinado el fallecimiento del paciente, señalando el Dr. (...) expresamente, con ocasión de su declaración testifical que « (...) la tasa de mortalidad de prótesis de cadera está entre un 1-2% y problemas asociados al paciente, como edad, antecedentes personales, obesidad, etc., pueden aumentar la tasa de mortalidad. También puede aumentar por agravamiento de su patología de base. De todo esto se advierte al paciente.

La tasa de mortalidad de una fractura de cadera es de un 30% el primer año. El edema agudo de pulmón sucede por un fallo cardíaco. Esta causa de fallecimiento no es que sea consecuencia directa de la intervención, pero debido a la sobrecarga cardíaca, estrés quirúrgico, etc., lo normal es que el paciente lo resista. Para ello pasa por consulta de preanestesia donde valoran si el paciente conviene o no intervenir», añadiendo dicho facultativo en su declaración testifical en relación con la causa de fallecimiento del paciente, establecida por el médico forense, insuficiencia cardiorespiratoria aguda, en relación con una bronconeumonía neocarditis (páginas 241 y ss. del expediente anterior) que «El paciente desarrolló esas patologías como complicaciones postquirúrgicas descritas que están en UVI y sometidas a procedimientos invasivos de intubación. La suma de causas pueden desencadenar esa situación. Aunque no sea lo habitual, está descrito».

6. Por tanto, la falta de consentimiento informado en las dos intervenciones ha supuesto mala praxis médica, materializado en un daño concreto, el fallecimiento del paciente, originando un daño moral económicamente cuantificable, transmisible *mortis causa* que forma parte del haber hereditario de los interesados, cuyo origen es consecuencia directa del motivo por el que reclaman, el fallecimiento de su causante.

7. Los interesados, siempre que acrediten su condición de herederos del paciente fallecido, teniendo en cuenta los criterios de equidad y ponderación referidos por el Tribunal Supremo deben ser indemnizados con el 20% de la cantidad que respectivamente les debe corresponder por la muerte de su causante, pues

evidentemente la ausencia de tal consentimiento se produjo en las dos intervenciones quirúrgicas, lo que agrava el hecho lesivo.

En todo caso, la cuantía de esta indemnización ha de actualizarse en el momento de resolver el procedimiento de acuerdo con el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, es contraria Derecho, pues procede la estimación parcial de la reclamación efectuada en los términos expuestos.