



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 6 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de febrero de 2019.

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. 31/2019 IDS)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR), formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) 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 (15.000 €), de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarla el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. El órgano competente para instruir y resolver de 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, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de Salud.

---

\* Ponente: Sra. de Haro Brito.

4. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma.

También son aplicables 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.

## II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, teniendo en cuenta tanto la reclamación formulada por la interesada como la documentación médica incorporada al expediente, son los siguientes:

Durante el año 2015 la interesada sufrió diversos cólicos estomacales con dolor en el epigastrio, acudiendo al Servicio de Urgencias del Hospital General de Lanzarote Doctor José Molina Orosa, los días 4 de diciembre de 2015 y 8 de enero de 2016, donde, según alega la interesada, tras administrarle la correspondiente medicación y sin informarle de cuál era su padecimiento, le dieron el alta, comprobándose en la documentación médica que se determinó en dichas visitas que se trataba de cólicos biliares y se le derivó a consulta, siendo atendida en febrero de 2016 derivándola al Servicio de Digestivo para completar estudio y seguimiento.

Ese mes de febrero de 2016, la reclamante acudió al ámbito de la medicina privada (...) y después de que se le realizara una radiografía se le diagnosticó colelitiasis sintomática, es decir piedras en la vesícula.

La interesada continuó sufriendo dichos padecimientos, acudiendo el 2 de junio de 2016 de nuevo a Urgencias del Hospital General de Lanzarote Doctor José Molina Orosa, siendo asistida, al igual que el día 30 de junio, día en que la paciente es ingresada hasta el día 9 de agosto, periodo durante el que, tras diversas pruebas diagnósticas, incluido un TAC, concretamente en julio de 2016 los doctores de dicho hospital le confirmaron el diagnóstico anteriormente referido y además le comunicaron que también presentaba masa tumoral en pelvis menor, que requería de tratamiento quirúrgico, como consta en historia clínica.

2. Estando ingresada en el Hospital General, el día 5 de agosto de 2016, es intervenida de colecistectomía, pues por razones técnicas no se le pudo intervenir de las dos dolencias al mismo tiempo. Se le da el alta el 9 de agosto.

Posteriormente, la paciente reingresa en el Hospital General para que se lleve a cabo intervención quirúrgica programada para el día siguiente, el 24 de agosto de 2016, día en que se le intervino del sarcoma pélvico, comprobando el doctor que la intervino, que adolecía de infiltración sacra y extensión irresecable de la tumoración por agujero obturador.

Además, durante esta intervención se constató que la tumoración era maligna, realizándose la resección de más del 90% del tumor, el cual es del tipo que no responde ni a radioterapia ni a quimioterapia; sin embargo, también se produjo durante la misma un sangrado venoso presacro que se trató mediante reposición de hematíes y después de 48 horas de buena evolución, tal y como estaba programado previamente, se efectuó la retirada del empaquetamiento quirúrgico y se cerró de forma definitiva la cavidad abdominal.

3. La interesada considera que su postoperatorio se desarrolló muy mal porque durante el mismo sufrió una grave inflamación de su pierna derecha, con graves problemas de movilidad, añadiendo que la única explicación que le dieron los doctores actuantes era que, con ocasión de la intervención quirúrgica, le habían tocado el nervio ciático. Después de dársele el alta médica el 13 de septiembre de 2016 y en el momento de formular la reclamación sigue presentando graves problemas en su pierna derecha, pese al tratamiento rehabilitador que se le ha dispensado.

La interesada reclama porque entiende que su situación está originada exclusivamente por la negligente actuación tanto del médico que la operó, como del personal sanitario que la atendió, residiendo la responsabilidad del referido facultativo en que no suturó correctamente uno de los orificios por donde se le había practicado la operación, lo que provocó la hemorragia y, además, tocó un nervio que motivó que ahora no pueda andar. Así mismo, la responsabilidad del personal sanitario esta originada por la omisión de un exhaustivo control y seguimiento de posoperatorio, ya que, de haberlo hecho así, hubieran podido detectar a tiempo esa hemorragia, y adoptar los medios necesarios para atajarla sin las consecuencias que actualmente sufre.

Por tal motivo reclama en concepto de indemnización la cantidad de 15.000 euros.

### III

1. El procedimiento comenzó a través de la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuado el día 28 de octubre de 2016.

El día 23 de diciembre de 2016, se dictó la Resolución posteriormente registrada con el núm. 546/2016 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

2. En lo que se refiere a su tramitación, el procedimiento cuenta con dos informes del SIP y el informe del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo del Hospital General de Lanzarote Doctor Molina Orosa, se acordó la apertura del periodo probatorio, en el que no se presentó escrito por la reclamante, si bien en escrito anterior, de 29 de noviembre de 2016, se adelantó dicha solicitud de prueba, admitiéndose la prueba documental aportada por la interesada y la que constaba en el expediente, pero rechazándose su propuesta de que se practicara la declaración testifical de los doctores actuantes en la segunda intervención quirúrgica a que fue sometida, lo cual es correcto, ya que el doctor cuya testifical se solicitaba, emitió el informe del Servicio, ya que es el Jefe del referido Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo.

Asimismo, se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la interesada, que no presentó escrito de alegaciones, sólo solicitó copia de varios documentos.

3. Finalmente, el 25 de octubre de 2018 se emitió una primera Propuesta de Resolución, tras el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, y el día 11 de diciembre de 2018 se emitió la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio, sin justificación para ello; no obstante, como se ha dicho, esta demora no impide resolver expresamente [arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP].

4. Concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el ejercicio del derecho indemnizatorio previsto en el art. 106.2 de la Constitución (arts. 32 y ss. LPACAP).

### IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada, puesto que el órgano instructor considera que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, al no darse los requisitos para ello, y que la interesada no ha logrado acreditar que la actuación del personal sanitario dependiente del SCS fuera inadecuada.

En relación con ello, se señala por la Administración que la interesada fue correctamente diagnosticada y tratada, siendo resuelto de manera favorable el sangrado presentado durante la intervención y que la lesión nerviosa que presentó tras la intervención quirúrgica fue tratada de manera precoz por el personal médico mediante tratamiento rehabilitador y control con la unidad del dolor, no siendo posible considerar el daño sufrido como un daño antijurídico susceptible de ser indemnizado, estando incluida, por otro lado, dentro de los riesgos que constaban en la documentación correspondiente al consentimiento informado, todo lo cual implica que no sea posible considerar el daño padecido como antijurídico.

2. En el presente asunto, con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo es preciso concretar el objeto de la reclamación formulada por la interesada. Del escrito de reclamación formulado se deduce claramente que el hecho lesivo se produjo, según su opinión, con ocasión de la segunda intervención a la que fue sometida, la que estaba dirigida a tratar el tumor pélvico maligno que padecía, alegando la reclamante que la misma se realizó de forma negligente y que por ello se le causó una hemorragia, que no fue tratada adecuadamente y una lesión en el nervio ciático, lesiones cuya realidad no sólo están demostradas mediante la documentación médica incorporada al expediente, incluyendo el informe del Servicio, sino que por la propia Administración no se niega su existencia.

Por tanto, la cuestión a determinar es si tales daños se produjeron como consecuencia de una actuación médica contraria a *lex artis* o, por el contrario, si los mismos fueron inevitables pese a que los facultativos intervinientes actuaron con la diligencia que les era debida.

3. En relación con todo ello, cabe hacer mención a lo manifestado al respecto en el informe del Servicio de Cirugía General en el que se señala que:

«El 24 de agosto de 2016 se opera finalmente del sarcoma pélvico comprobándose, infiltración sacra y extensión irreseccable de la tumoración por agujero obturador. Se realiza biopsia intraoperatoria que confirma malignidad de extirpe sarcomatosa de la lesión, como dicho tipo de lesiones no responden a tratamientos quimio o radioterápicos, se procede a intentar exéresis radical consiguiendo resección de más del 90% de la lesión con la máxima preservación vasculonerviosa posible, pero sin poder reseca la extensión extrapélvica. Durante la intervención se produce sangrado profuso venoso presacro que se trató mediante reposición de concentrados de hematies que estaban preparados para la intervención y packing pélvico que es el procedimiento indicado en este tipo de situaciones. Se explica a sus parientes y familiares el procedimiento realizado, la situación exacta de la paciente y el

procedimiento a seguir en los dos días siguientes. La paciente pasa a Reanimación donde evoluciona con normalidad sin signos de resangrado por lo que a las 48h se procede, según estaba programado, a retirada quirúrgica del empaquetamiento comprobando ausencia de resangrado y cierre definitivo de cavidad abdominal.

El postoperatorio en planta transcurre con normalidad, se aprecia déficit sensitivo y motor de pierna derecha iniciándose tratamiento rehabilitador precoz».

Por lo tanto, de tal informe se deduce que los doctores actuantes llevaron a cabo la única intervención quirúrgica que era adecuada al tipo de tumor maligno que presentaba la interesada, la cual se efectuó de forma diligente e intentado lograr en todo lo posible la máxima preservación vasculonerviosa, pero, pese a ello, no se pudo evitar la producción efectiva de los dos riesgos, propios de tal intervención, que, además, constaban en el documento relativo al consentimiento informado, de fecha 28 de julio de 2016 (página 280 y ss. del expediente), siendo los mismos, como riesgo específico, el sangrado de la herida quirúrgica o el sangrado intestinal, y, como riesgo general, que podía afectar a cualquier órgano o sistema, y por tanto, incluyendo el sistema nervioso, que comprende también el nervio ciático, como informa el SIP en un segundo informe, complementario, emitido.

Debemos reiterar, una vez más, el criterio mantenido por este Consejo Consultivo, entre otros, en el Dictamen 591/2018, de 20 de diciembre:

«A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictamen 303/2018, de 29 de junio), procede tener en cuenta que a la Administración le es exigible la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras

de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP)».

En el mismo sentido, el reciente Dictamen 28/2019 de 22 de enero.

En el presente caso, el actuar de la Administración sanitaria fue adecuado, aplicando los medios y técnicas que fueron precisas para realizar la intervención quirúrgica que, a diferencia de lo que reseña la reclamante en su escrito inicial, en la que refiere que se trataba de «una operación relativamente sencilla», fue calificada por el Jefe del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo de severa, de lo cual se informó a la paciente una vez valorada su situación por el comité de tumores, como se deriva del informe realizado por dicho especialista y que consta en el expediente, así como de los apuntes en la historia clínica. Igualmente, los familiares, y en concreto la cuñada de la paciente, familiar que se encontraba acompañándola, fue informada también puntualmente del estado de la paciente, según figura en la historia clínica correspondiente al primer ingreso de la paciente.

Por otro lado, consta, como se ha reseñado con anterioridad, que con fecha 28 de julio de 2016 se firma documento de consentimiento informado para la realización de la intervención que se practica el 24 de agosto, la cirugía de sarcoma pélvico mediante laparotomía, con los requisitos previstos en art. 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Por tanto, se da cumplimiento del derecho a la información asistencial previsto en el art. 4.1 de dicho texto.

En el Dictamen 576/2018, de 20 de diciembre, respecto al Consentimiento Informado, señalábamos:

«Por todo ello, y constando los preceptivos documentos de Consentimiento Informado en cada una de las intervenciones realizadas a la paciente, debemos concluir que se ha

producido un actuar correcto. Al respecto debemos recordar de nuevo que se ha señalado insistentemente por este Consejo, en coherencia con la jurisprudencia, que uno de los elementos de la *lex artis* es el documento de consentimiento informado personalizado, documento en cuya virtud el paciente consiente la intervención médica con los riesgos inherentes a ella, siempre que se haya realizado la actuación médica misma de conformidad con las reglas de la *lex artis ad hoc*.

En relación con el consentimiento informado, el Tribunal Supremo pone de manifiesto en su reiterada jurisprudencia (Sentencia del 18 de enero de 2005, recurso 166/2004, Sentencia de 20 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, RJ 2005\4312, entre otras), por un lado la importancia de formularios específicos, y, por otro lado, declara que dicho consentimiento está estrechamente ligado al derecho de autodeterminación del paciente.

Esta doctrina jurisprudencial tiene su base legal en la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) en los artículos 10.5) y 6); en ellos se regula el derecho de todo paciente a «(...) que se le dé en términos comprensibles a él, a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento», además del derecho a «(...) la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso (...)», además de la regulación del mismo en el capítulo II de 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.

Esta regulación del consentimiento informado implica que la responsabilidad por las consecuencias que puedan surgir de los posibles riesgos derivados de las actuaciones médicas, siempre y cuando se haya actuado conforme a "*la lex artis ad hoc*", será asumida por el propio paciente.

El Tribunal Supremo considera también en su jurisprudencia (Sentencia del 18 de enero de 2005, recurso 166/2004, Sentencia de 4 de abril de 2000, recurso de casación 8065/1995) que el consentimiento informado forma parte de la "*lex artis*", siendo un presupuesto y parte integrante de ella, por lo que su omisión o su prestación inadecuada, implica una mala praxis, ya que, al no informar al paciente de manera específica sobre la intervención médica y sus riesgos, por parte del médico, se está incumpliendo una de sus obligaciones de medios, generando su incumplimiento, responsabilidad de sufrir daños».

Todo ello es aplicable a este supuesto, ya que había sido informada de los posibles riesgos y no ha habido negligencia médica alguna.

4. Por lo demás, la interesada no ha presentado prueba que contradiga lo afirmado por los doctores, ni que demuestre que los mismos actuaron en algún momento de todo el proceso médico de forma contraria a lo exigido por la *lex artis*

*ad hoc*. Este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante que la prueba de la realidad del hecho lesivo y la relación causal necesaria entre el funcionamiento del servicio y los daños por los que se reclama, conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, corresponde al reclamante puesto que es él a quien compete la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la reclamante, y corresponde a la Administración a la que se reclama la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior (por todos, DCCC 567/2018).

Por todo ello, consideramos, igualmente, que no se ha demostrado la existencia de relación de causalidad entre el correcto funcionamiento del Servicio y los daños reclamados por la interesada siendo conforme a Derecho la PR que se nos somete a Dictamen.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio de la reclamación formulada, es conforme a Derecho en virtud de lo manifestado en los fundamentos de este Dictamen.