



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 5 3 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 4 de julio 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. 219/2019 IDS)\**.

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

### I

1. La solicitud del presente Dictamen, de fecha 22 de mayo de 2019 (Registro de entrada en el Consejo Consultivo con fecha 27 de mayo de 2019), por el Excmo. Sr. 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, el Servicio Canario de la Salud. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen, según los arts. 12.3 y 11.1.D).e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

2. Resulta aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y el art. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP).

También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y

---

\* Ponente: Sra. de Haro Brito.

Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

## II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), el cual reclama en su propio nombre, según refiere, al sufrir dolores en la pierna y testículo derecho tras ser intervenido de hernia inguinal el 7 de noviembre de 2016 (art. 4 LPACAP)

2. En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración autonómica, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la Resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de 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 y la 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, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos del Servicio Canario de la Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, 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 y en la Resolución de 23 de diciembre de 2014, ya referida anteriormente.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP).

## III

El interesado presenta reclamación con fecha 18 de octubre de 2017 en la que señala que tras ser intervenido de hernia inguinal derecha el 7 de noviembre de 2016, por el Dr. (...), sufre dolores en la pierna así como en el testículo derecho, dolores que cada vez son más frecuentes y continuos, sin que haya experimentado mejoría ni curación. Expone que fue derivado a la unidad de dolor y que el

tratamiento de infiltraciones y radiofrecuencia no fueron efectivos. Señala, asimismo, que la reclamación la realiza por la falta de interés del Dr. (...) o del Centro Hospitalario, y que las dolencias son muy graves porque le incapacitan para el trabajo, para su vida sexual, para caminar más de cinco minutos seguidos o realizar cualquier actividad que requiera esfuerzo.

No cuantifica la indemnización, no obstante, de la entidad de las lesiones, se deduce que el importe supera 6.000 euros, de ahí que proceda emitir el presente dictamen.

## IV

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 de la LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

2. Constan, entre otras, las siguientes actuaciones:

- La reclamación inicial se presenta el 18 de octubre de 2017 y fue mejorada mediante escrito de 13 de noviembre de 2017.

- Fue admitida a trámite por Resolución de 23 de noviembre de 2017 de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, acordándose realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución que ponga fin al expediente, y, entre ellos, la petición de informe a los Servicios correspondientes, en especial al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable (petición que suspende el plazo máximo para resolver), impulsando de oficio la instrucción del procedimiento en todos sus trámites.

Un primer informe es realizado con fecha 7 de septiembre de 2017 por el facultativo que realizó la intervención quirúrgica, el Dr. (...) y un segundo informe con fecha 14 de septiembre de 2017.

- Con fecha 28 de junio de 2018, se emite el informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones, que, junto con la Historia Clínica del reclamante, se incorporan al expediente.

- El 10 de octubre de 2018 se dictó Acuerdo Probatorio y en esa misma fecha se acordó el trámite de Audiencia, siendo notificados al interesado el 23 de octubre sin que formulara alegación alguna.

- La Propuesta de Resolución (PR) desestimatoria de las pretensiones del reclamante fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias el 10 de mayo de 2019.

- La PR del Secretario General del Servicio Canario de la Salud por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial es de fecha 17 de mayo del presente año.

## V

1. En el ámbito sanitario, concurren determinadas particularidades de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, derivados del cumplimiento o no de la "Lex Artis".

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 señalaba que «la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación nº 89/2008) «que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, que declara:

«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

No existe, por consiguiente, a tenor de cuanto se lleva expuesto, otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

2. Partiendo de la valoración conjunta de los informes médicos que obran en el expediente administrativo, la Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, concluyendo que la actuación médica ha sido conforme a la *lex artis ad hoc*. El estado de la ciencia actual no permite garantizar un resultado favorable en el cien por cien de las cirugías de hernia inguinal, por lo que los riesgos de un acto médico correcto tienen que ser soportados por el paciente, no siendo un daño antijurídico.

En efecto, se observa que en el segundo de los informes realizado por el Dr. (...), éste señala:

«Se realiza 2º informe a petición de Dirección médica.

Paciente operado el día 07/11/2016 de hernia inguinal dcha no complicada.

El paciente acudió en 4 ocasiones a urgencias durante el postoperatorio si ser diagnosticado de ninguna complicación postquirúrgica.

El paciente refiere en su reclamación que en una ocasión en urgencias “por casualidad lo atendió el Dr. (...)”. Aunque en realidad, dado que era un paciente conocido y operado por mí, me ofrecí a valorarlo aún sin estar de guardia (desconozco las malas formas a las que se refiere el paciente).

El paciente fue valorado también en CCEE y dado que persistía el dolor, se pidió Eco (23/03/2017) que fue informada como normal.

Dada la persistencia del dolor se derivó a unidad del dolor que tras varias infiltraciones que no fueron efectivas fue dado de alta.

Comentado el caso con el Jefe de Servicio, se decide, que si el paciente quiere, se le puede ofertar una segunda opinión por parte del Dr. (...).

Por su parte, por el Jefe de Servicio de Cirugía General, Dr. (...), con fecha 14 de diciembre de 2017, se refiere que:

«El paciente ha sido atendido de manera correcta en tiempo y forma cada vez que ha acudido a consultas externas o a Urgencias.

La cirugía de hernia inguinal no está exenta de complicaciones a pesar de realizarse de manera correcta. Una de las complicaciones más frecuentes que debemos afrontar es la aparición de dolor inguinal postoperatorio de origen neuropático. En casos refractarios a cualquier tratamiento no quirúrgico cabe la posibilidad de practicar una cirugía de revisión bien para retirada de material protésico o para practicar triple neurectomía inguinal, dicha cirugía no puede en ningún caso garantizar la desaparición completa de la sintomatología del paciente».

El informe del SIP concluye:

«1.- Ante la clínica del paciente, que presentaba una hernia inguinal derecha prominente y dolorosa, se le planteó la única alternativa de curación posible, mediante intervención quirúrgica, la cual fue convenientemente explicada al paciente, por lo que el mismo conoció, comprendió y asumió los riesgos o complicaciones que podían presentarse, mediante su firma. Proceder realizado de acuerdo con la lex artis.

2.- La intervención quirúrgica transcurrió sin incidencias, y varias horas después de la cirugía el paciente comienza con historia de dolor, con exámenes físicos y ecografía que nunca mostraron evidencia de complicaciones, más allá del dolor referido por el paciente.

3.- Recibió atención de Atención Primaria, del Servicio de Urgencias Hospitalario, revisión en Urgencias tanto por Médicos de Urgencias como por Cirugía General. Se le instauró tratamiento farmacológico analgésico y terapia específica en Unidad del Dolor, y se le hizo seguimiento por Consultas Externas de Cirugía, es decir, recibió todos los tratamientos conservadores posibles y toda la atención que el paciente requirió en todo momento.

4.- Tras lo refractario del dolor, ante la terapia habitual, en una segunda opinión, se le planteó la posibilidad, aunque sin garantía de la desaparición completa del dolor, de realizar una nueva cirugía de revisión; intervención quirúrgica que le fue realizada retirando material protésico y practicando una triple neurectomía. Proceder adecuado según la clínica del paciente.

5.- Posterior a la intervención y debido a la persistencia de sintomatología dolorosa, en un paciente con antecedentes previos de alteraciones psicopatológicas (ansioso-depresivas)

crónicas de evolución tórpida (fobias, desmotivación, con afectación en casi todas las actividades de la vida, incluso la sexual), se le continúa tratando y se le ha indicado seguimiento por Unidad del Dolor, Cirugía y Psiquiatría.

6.- El servicio público actuó en todo instante, conforme a la mejor práctica, a tenor de la evidencia médica actual, no siendo factible exigir a aquél, una acción que supere la mejor praxis sanitaria existente, siendo ésta el resultado de aplicar conocimientos científicos actualizados: Los diagnósticos, pruebas complementarias, tratamientos, consentimientos y medidas adoptadas, se realizaron de forma adecuada, de acuerdo a los requerimientos y situación del paciente, siguiendo criterios, normas y protocolos actuales.

7.- Razonable es mencionar, que incluso en una buena práctica asistencial, la Administración Sanitaria no puede tornarse en una entidad de curación asegurada en todo procedimiento asistencial, ni ser señalada como la causante de todo daño que se produzca en el transcurso de cualquiera de sus correctas actuaciones, limitándose la medicina, en la actualidad, a proporcionar los medios para intentar la prevención, paliación o curación de las patologías, sin pretender que el resultado de un procedimiento sanitario sea siempre el esperado y sin garantizar resultados exitosos en lo que a recuperación de la salud, se refiere.

8.- Por tanto, con respecto a lo reclamado, no encontramos relación con mala praxis, inasistencia o asistencia inadecuada, sino que hubo atención tanto de cuidados como de medios, adaptados a los que el caso clínico requería».

De todo ello podemos concluir que en el presente caso no resulta acreditado que la actuación médica se apartara de la *Lex Artis ad Hoc*, al ser la medicina, una obligación de medios y no de resultado. El reclamante no aporta ningún dictamen médico contradictorio a los que figuran en el expediente administrativo, que acredite una actuación médica no conforme a la *lex artis ad hoc* y por el contrario, de lo obrante en el expediente resulta una asistencia correcta al interesado por parte del Servicio Canario de la Salud.

3. Tampoco puede desconocerse la consecuencia de la prestación del consentimiento informado exigido en los arts. 8 y siguientes 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.

Sobre el consentimiento informado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos 136/2017, de 31 de julio, señala:

«Debe también recordarse la doctrina sobre el consentimiento informado, y para ello es válida la cita de la STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 7 de abril de 2011, rec. 3483/2009 que recuerda que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, pero

que para que la misma sea merecedora de indemnización se precisa que a quien la invoca se le haya producido un daño antijurídico que no esté obligado a soportar. Pero, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula en el artículo 4 lo que denomina el derecho a la información asistencial y expresa en su número 1 que: "los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley" y añade en los números 2 y 3 de ese precepto que: "la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad", y que "el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle". Ese derecho se materializa en lo que se denomina consentimiento informado y del que se ocupa el artículo 8 de la Ley cuando dispone que "1. 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 art. 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente".

Es obvio, puesto que así expresamente lo afirma la Ley, que el consentimiento "será verbal por regla general", para añadir a continuación aquellos supuestos en los que esa regla cede ante la necesidad de que el consentimiento sea por escrito cuando se trate de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente».

La STS de 20 de enero de 2011 puntualizó:

«La información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de este, es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, y se hace especialmente exigente en intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesariedad o falta de premura de la misma y porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención (SSTS 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547); 4 de octubre 2006 (RJ 2006, 6428); 29 de junio 2007 (RJ 2007, 3871). Como tal, la información debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente y obliga tanto al médico responsable del paciente, en este caso el



cirujano, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS 15 de noviembre 2006 (RJ 2006, 8059), y las que en ella se citan)».

En este sentido, la STS de 1 de junio de 2011 precisó:

«Como con reiteración ha declarado esta Sala la información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (SSTS 13 de octubre 2009 (RJ 2009, 5564); 27 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 5155))».

Así las cosas, la doctrina jurisprudencial sobre la información médica, en lo que aquí interesa, cabe resumirla en los siguientes apartados:

1. La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses (SS., entre otras, 23 de noviembre de 2007; 4 de diciembre de 2007, núm. 1.251; 18 de junio de 2008). Es indispensable, y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza.

2. La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva (SS. 28 de junio de 2007; 29 de julio de 2008); revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (SS., entre otras, 29 de octubre de 2004; 26 de abril de 2007; 22 de noviembre de 2007);

3. Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SS. 17 de abril de 2007; 30 de abril de 2007; 28 de noviembre de 2007, núm. 1.215; 29 de julio de 2008). La Ley de Autonomía del Paciente 41/2002 señala como información básica (art. 10.1) «los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones».

En este caso, el paciente presta su consentimiento informado en el marco de estas exigencias por lo que el dolor que sufre el paciente deriva de un riesgo

iatrogénico, cuya posibilidad de producción aceptó a través de la firma del consentimiento informado.

En definitiva, el daño sufrido por el reclamante no se puede calificar de antijurídico, por ser una complicación de la cirugía, posible y previamente informada al paciente, a través del consentimiento informado que él mismo firmó con fecha 14 de junio de 2016, donde constan de manera detallada los riesgos de la intervención quirúrgica a que se iba a someter.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen se considera ajustada a Derecho por entender que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.