



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 20 de octubre de 2020.

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. 366/2020 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario. La solicitud de dictamen, de 2 de septiembre de 2020, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 8 de septiembre de 2020.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dada la cuantía reclamada (por ser superior a 6.000 €), de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Está legitimada para solicitarlo 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 este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC, n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 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.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa de la interesada, pues los daños sufridos por el presunto funcionamiento del servicio público sanitario se entienden irrogados en su persona [art. 4.1.a) LPACAP].

5. En cuanto a la legitimación pasiva, recae en el Servicio Canario de la Salud (SCS), titular del Servicio a cuyo funcionamiento se atribuye el daño.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad, ya que la acción se ha ejercitado por la interesada en el plazo de un año legalmente previsto en el art. 67 LPACAP, pues la reclamación se presentó el 5 de diciembre de 2017 respecto de un daño cuyo alcance no ha quedado completamente determinado a la fecha de la reclamación.

II

La reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del SCS, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada. Concretamente, alega en su escrito de reclamación lo siguiente:

«Por la presente deseo exponer que el día 28/04/2016, en el Hospital Universitario Materno Infantil, me realizaron una histerectomía abdominal simple, como consecuencia de presentar útero miomatoso (sintomático). Tras la cirugía, presenté un cuadro de retención urinaria aguda, que obligó a prolongar mi ingreso hospitalario hasta el día 3/05/2016, durante el cual no era capaz de orinar nada por mí misma y tuve que ser sometida a sondajes intermitentes. Tras aprender la técnica de autosondaje y con ayuda de mi marido, me dieron el alta médica el día 3/05/2016. Una vez en casa, mi situación no cambiaba y, por tanto, necesité autosondajes intermitentes. Durante esos primeros días, me derivaron al Departamento de Suelo Pélvico, que me hizo seguimiento.»

Por otro lado, al día siguiente de mi alta médica, empecé a sentirme bastante mal, con vómitos y fatigas, y una ambulancia del 112 me llevó a urgencias del Hospital Insular, donde decidieron colocarme una sonda fija con bolsa. Sin embargo, al día siguiente de este hecho, me dirigí al Hospital Universitario Materno Infantil a consultar esta situación nueva y preguntar por posible medicación que me ayudara en mi retención aguda orinaría. Allí decidieron retirarme la sonda fija que me habían colocado el día anterior, pero me negaron medicación aludiendo a que faltaban un par de días para que pasara consulta en el Departamento de Suelo Pélvico. El Departamento de Suelo Pélvico me hizo seguimiento de mi retención urinaria aguda, pero no me recetaron medicación alguna para esta dolencia.

Acudí a consulta privada con el doctor (...), que me recetó Tamsulosina 0,4 para ayudarme con mi dolencia.

Además, observó por ecografía que mi vejiga estaba distendida a consecuencia de la formación de un globo vesical por acumulación de orina.

A este respecto, debo indicar que al día siguiente de ser operada, cuando me quitaron la sonda fija que me habían colocado para la operación, empecé a mostrar mis primeros síntomas de Imposibilidad de orinar y, sin embargo, las enfermeras me dejaron pasar bastantes horas para que lo intentara, pero ya el dolor era insoportable y me practicaron un primer sondaje en el que me vaciaron 2100 mililitros de orina. Después de cuatro horas, en un segundo sondaje, me vaciaron 1500 mililitros de orina.

Tuve que esperar hasta el día 20/05/2016 para, por primera vez, poder orinar sin ayuda de autosondaje. Sin embargo, desde ese día, mi capacidad para orinar jamás se ha recuperado del todo, ya que siempre tengo que hacer enormes fuerzas para orinar algo (a veces, solamente un pequeño chorro), haciendo prensa abdominal y quedando siempre con una sensación de dolor en la vejiga e imposibilidad de evacuar todo de una vez, lo que me lleva a la Imperiosa necesidad de acudir al baño con muchísima frecuencia.

En mayo de 2017 me citaron para reeducación vesical y, tras 20 sesiones, mi dolencia no ha cambiado en absoluto, lo cual ha provocado que mi calidad de vida se haya visto afectada negativamente de manera importante. Desde entonces, no he podido volver a trabajar debido a las molestias constantes que padezco y la situación de inseguridad y depresión que todo esto me ha creado.

Tras año y medio de baja, se me da directamente, sin yo solicitarlo, la Incapacidad permanente total, revisable a partir de marzo de 2019.

Por último, quiero indicar que al comienzo de esta dolencia, las pruebas que me realizaron fueron por consulta privada, costeadas por mí, ya que por la seguridad social tardaban en darme cita y, solamente, tras varios meses acudí a consulta de la seguridad social con el doctor (...).

Por todo lo expuesto, solicito y reclamo que se haga una valoración del grado de responsabilidad de todos los agentes implicados en el padecimiento de esta dolencia, con todos los perjuicios (personales, económicos, etc.) que conlleva, los cuales, a día de hoy, parece que voy a estar sufriendo el resto de mi vida».

Por todo lo expuesto solicita una indemnización que cuantifica, en virtud de informe pericial que aporta, en 74.680,64 euros, más los gastos farmacéuticos, si bien no se han determinado en el procedimiento.

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento, si bien no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un dictamen de fondo, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 13.3 RPAPRP. 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. 21.1 y 6 LPACAP).

Constan practicadas en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- El 13 de diciembre de 2017 se identifica el procedimiento y se insta a la interesada a que subsane su reclamación, lo que se le notifica el 21 de diciembre de 2017, viniendo a aportar escrito de mejora el 26 de diciembre de 2017.

- Por Resolución de 28 de diciembre de 2017, del Director del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación de la interesada, de lo que recibe notificación ésta el 4 de enero de 2018.

- El 28 de diciembre de 2017 se solicita informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que lo emite el 14 de marzo de 2019, tras haber recabado la documentación oportuna (Historia Clínica custodiada en el Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil, en adelante, CHUIMI, informe de la Jefa de Sección de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI, de 17 de septiembre de 2018, e Historia de Salud relativa al ámbito de Atención Primaria del Área de Salud de Gran Canaria).

- El 25 de septiembre de 2019 se insta a la interesada a que aporte los medios de prueba que estime pertinentes a fin de dictar acuerdo probatorio, de lo que recibe notificación el 3 de octubre de 2019, aportando los mismos el día 11 de octubre de 2019 por medio de representante debidamente acreditado.

- El 4 de noviembre de 2019 se dicta acuerdo probatorio en el que se declara la pertinencia de las pruebas propuestas por la interesada y se incorpora la documentación clínica recabada durante la instrucción y el informe del SIP, declarándose concluso este trámite por obrar todas las pruebas documentadas en el expediente. De ello es notificada la reclamante el 12 de noviembre de 2019.

- El 4 de noviembre de 2019 se acuerda la apertura del trámite de vista y audiencia, de lo que recibe notificación la reclamante el 12 de noviembre de 2019, compareciendo el 19 de noviembre de 2019 a fin de recabar copia del expediente, que se le entrega en el acto. En fecha 21 de noviembre de 2019, mediante representante debidamente acreditado, presenta escrito de alegaciones refutando el informe de la Jefa de Sección de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI, además de aportar nueva documentación médica.

- A la vista de las alegaciones, el 27 de noviembre de 2019 se solicita informe complementario del SIP respecto de las mismas, que se emite el 4 de marzo de 2020.

- El 25 de mayo de 2020 se concede nueva audiencia a la reclamante al incorporarse el referido informe, siendo notificada el 28 de mayo de 2020, sin que se haya aportado nada al efecto.

- El 30 de junio de 2020 se dicta Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión de la interesada, y, en el mismo sentido, borrador de Resolución del Director del SCS, lo que es informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 9 de julio de 2020.

- El 13 de julio de 2020 se insta a la reclamante para que cuantifique la reclamación, de lo que recibe notificación el 20 de julio de 2020, cuantificando la misma el 27 de julio de 2020 en la cantidad de 74.680,64 euros.

- El 1 de septiembre 2020 se dicta Propuesta de Resolución que es remitida a este Consejo Consultivo.

IV

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima, correctamente, la pretensión de la reclamante con fundamento en los informes recabados en la tramitación del procedimiento, en especial, los del SIP.

2. 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, el Dictamen 407/2019, de 14 de noviembre), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que 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 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

3. Pues bien, consta en el expediente informe del SIP, de 14 de marzo de 2019, que se complementa el 3 de marzo de 2020, de los que, una vez analizada la historia clínica de la reclamante, y en virtud del informe de la Jefa de Sección de Obstetricia

y Ginecología del CHUIMI, evacuado durante el presente procedimiento, cabe realizar las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, debemos determinar si era correcta la indicación de la cirugía consistente en histerectomía abdominal laparotómica, realizada el 28 de abril de 2016, pues, aunque no se pone en duda en la reclamación, de su necesidad deriva la complicación urinaria que es objeto de la reclamación.

En este punto, consta que la paciente sufría útero miomatoso sintomático, presentando en la exploración: *«Útero impresiona aumentado de tamaño como gestación de 16 semanas, impresiona deformado.*

En ecografía transvaginal: Útero de 15x95x67 impresiona mioma fúndico de 86x64x67 mm, no se observa anejos, endometrio menstrual.

En ecografía abdominal: Vejiga mal repleccionada, impresiona útero de 115x11x89 con mioma fúndico».

Se señala en el informe de la Jefa de Sección de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI que inicialmente se planteó tratamiento conservador, pero que en la visita a consulta de la paciente en fecha 7 de abril de 2016 ésta insiste en que tiene mala calidad de vida y demanda cirugía.

Por lo que ingresó para histerectomía. En fecha 28 de abril de 2016 se realiza laparotomía objetivándose útero polimiomatoso a expensas de formación miomatosa intramural en fondo, de unos 10 cm, otro intramural de 8 cm en cara anterior, otro de 3 cm en cara lateral derecha, y formación nodular paraovárico derecho de 1 cm, que pudiera corresponder con un fibroma ovárico. Se realiza histerectomía abdominal simple de manera reglada y exéresis de lesión nodular de 1 cm paraovárica derecha compatible con fibroma ovárico.

Por tanto, tal intervención era necesaria y fue pautada correctamente para resolver su patología, constando como riesgo inherente a la misma, y asumido por la paciente con la firma del Documento de Consentimiento Informado (DCI) el 7 de abril de 2016, el que ahora es objeto de reclamación.

En el DCI se recoge la posibilidad de una tasa de complicaciones del 30%, entre las cuales se cita las lesiones vesicales, ureterales o uretrales, así como fístulas vesicovaginales o intestinales.

2) Por otro lado, en relación con la correcta realización de la cirugía, una vez indicada, también consta en la documentación médica, tanto su corrección desde el punto de vista técnico, como desde el punto de vista del logro de su objetivo.

Así, se informa por la Jefa de Sección de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI que la intervención se realizó «*de forma reglada y sin incidencias*».

Por tanto, habiéndose realizado correctamente la cirugía, e indicada para la patología de la paciente, la firma del DCI supone que la complicación quirúrgica por la que se reclama ha de ser asumida por la reclamante, al carecer el daño de la nota de antijuridicidad.

Y es que, efectivamente, integra la *lex artis* el deber de los servicios sanitarios de prestar a los pacientes información adecuada acerca de su enfermedad, de los tratamientos que pueden ser aplicados y de los posibles riesgos que estos conllevan, tal como dispone la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El correcto entendimiento del deber que esta Ley impone exige que los pacientes reciban 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.

Esta regulación legal implica, además, que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis* y revela una manifestación de funcionamiento anormal de la Administración. Por el contrario, su cumplimiento en debida forma supone que es el paciente quien asume las consecuencias derivadas de las actuaciones sanitarias, siempre y cuando estas hayan sido conformes a la *lex artis ad hoc*. 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 este la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

Pues bien, en el presente caso, de lo actuado en el expediente resulta que la intervención estaba correctamente indicada y realizada, en función de la valoración, exploración y pruebas complementarias, y, además, la paciente recibió la adecuada información al respecto, así como de las posibles complicaciones propias de la intervención, entre las que existía el riesgo de retención urinaria aguda (RAU).

Por tanto, debe concluirse la adecuación a la *lex artis* de la atención dispensada al paciente.

3) En relación con el manejo de su patología urinaria, en lo que se focaliza la reclamación, ha de señalarse, en primer lugar, que según el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del CHUIMI la complicación surgida es una complicación transitoria en la mayoría de los casos, pudiendo llegar a ser permanente en menos del 5% de histerectomías realizadas.

En el caso que nos ocupa, el informe del SIP considera destacables, a efectos de la persistencia de la RUA como antecedentes de interés, previos a la intervención objeto de reclamación, los repetidos cuadros de ansiedad así como depresión habiendo estado en tratamiento con ansiolíticos y antidepresivos, amén de intervención previa en cavidad pélvica -cesárea-.

Y es que señala el informe del SIP que la reclamante no concreta la causa que pudiese relacionar la actuación de los profesionales actuantes con la presentación del cuadro RUA, *«Esta falta de concreción es compatible con la Historia Clínica en la cual a pesar de los estudios realizados a la paciente no se describe una causa orgánica o lesión provocada por el servicio sanitario. Ocurrido el cuadro, no podemos descartar que la prolongación de la transitoriedad estuviese, de alguna forma condicionada por la medicación de la paciente y por su estado de ansiedad, existiendo alusión a este hecho en la Historia Clínica»*.

Por otra parte, en relación con el manejo mismo de la RUA, y, por ende, de los tratamientos dispensados a la paciente para tal patología, señala el SIP, y así lo recoge la Propuesta de Resolución:

- En el manejo de la retención urinaria aguda no obstructiva se dispensó a la paciente el único tratamiento con evidencia científica demostrada, según informa el Jefe de Sección de Obstetricia y Ginecología y se ratifica por el SIP es el autosondaje intermitente que se recomendó a la reclamante.

El abordaje de la complicación se realizó según protocolo y el seguimiento se realizó por el Servicio de Ginecología, Unidad de Suelo Pélvico y el Servicio de Urología.

A tal efecto informa el SIP que, ocurrido el cuadro de RAU, el abordaje fue correcto:

La sonda vesical se retira el segundo día postoperatorio presentando micciones espontáneas escasas con orina residual de 700 cc y posteriormente de 1200 cc como consecuencia se indicó la aplicación del protocolo de retención urinaria.

- Además, siguiendo el protocolo de RAU y la Guía de la SEGO en estos casos, además de la indicación de autosondaje intermitente se derivó a la paciente a la Unidad de Suelo Pélvico.

Expresa el Servicio de Ginecología «En ambos protocolos se indica la importancia de hacer un manejo ambulatorio de estos cuadros para evitar la aparición de infecciones nosocomiales y para favorecer la inserción de la paciente en su vida habitual, lo cual favorece la recuperación del cuadro».

Finalmente, ha de aclararse que las alegaciones formuladas por la reclamante en el trámite de audiencia sobre lo informado por la Jefa de sección de Ginecología y Obstetricia, fueron valoradas por el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, en los siguientes términos:

«En cuanto a lo referido en el punto 3 del informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, del que la reclamante discrepa, se transcribe el contenido de la Historia Clínica. De esta forma en fecha 16 de mayo consta “No se ajusta a los horarios de residuales por miedo a globo vesical y dolor. Se insiste en la importancia de ceñirse al horario y continuar con las orinas programadas.»

En cuanto al sondaje permanente pautado por el Servicio de Urgencias, el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones señala que la patología objeto de la reclamación no guarda relación con la indicación del Servicio de Urgencias del HUGC de sondaje permanente, además no se describen consecuencias negativas de haberlo tenido colocado durante un día, desde el 4 al 5 de mayo de 2016».

Por tanto, dado lo expuesto, debemos concluir que la actuación del SCS fue siempre conforme a la *lex artis*, por lo que no cabe apreciar relación causal entre el daño reclamado y la actuación del SCS, ni, en consecuencia, daño antijurídico alguno.

4. Además, la interesada no ha aportado al expediente prueba alguna que demostrase el deficiente funcionamiento del servicio sanitario alegado, habiendo sido adecuadamente desvirtuadas sus alegaciones por los informes recabados en la instrucción del procedimiento.

En relación con la carga probatoria cabría traer a colación la Sentencia núm. 84/2000 de 9 febrero, de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), que entre otras indica:

«En la actuación del personal sanitario no se produce la denominada responsabilidad por riesgo cuya consecuencia más inmediata es la inversión de la carga de la prueba, y ello porque no concurren en estos casos el fundamento de aquélla, cual es la responsabilidad cuasi objetiva como contrapartida del beneficio que se obtiene de la actividad desplegada. Así, la STS de 8 de octubre de 1992, señala que es imprescindible demostrar como hecho probado la imputabilidad de una acción positiva u omisiva con perfiles culpabilísticos. En la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, debiendo el paciente acreditar el nexo causal y la culpa (doctrina ya consolidada en Sentencias de 7 de junio de 1988). En parecido sentido la STS de 13 de octubre de 1992 que establece que el personal sanitario tiene como obligación no la de obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia (STS 2 de febrero de 1993) (...).»

Por las razones expuestas, en suma, no concurriendo los elementos requeridos para la determinación de responsabilidad patrimonial de la Administración, procede desestimar la reclamación formulada por la interesada.

CONCLUSIÓN

La Propuesta Resolución es conforme a Derecho, procediendo desestimar la reclamación interpuesta.