

Expediente Núm. 323/2010
Dictamen Núm. 351/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de octubre de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por lo que considera una defectuosa asistencia sanitaria prestada en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 23 de abril de 2009, los interesados presentan en las dependencias de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa), como consecuencia del fallecimiento de un paciente intervenido de prótesis de cadera en un hospital público, formulada por la viuda y sus cinco hijos. Relatan que el estado general del paciente, “tras seis días de post-operatorio (...) se deteriora,

con aspecto de proceso infeccioso subyacente". El día 23 de abril de 2008 fallece en la Unidad de Cuidados Intensivos como consecuencia de un "shock séptico refractario originado por infección de la prótesis de cadera izquierda, mostrando el cultivo de la zona" intervenida el crecimiento del patógeno denominado "staphylococcus aureus". El paciente, según los reclamantes, "fallece a causa de una infección grave contraída en el hospital (...) producida durante el acto operatorio de colocación de la prótesis de cadera".

Cuantifica el daño en función del "Baremo incorporado como Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre", actualizado para el año 2009 por la Resolución de 20 de enero de 2009, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, solicitando una indemnización total de doscientos treinta y cinco mil cuatrocientos cuarenta y siete euros con cincuenta y dos céntimos (235.447,52€), según el siguiente detalle: "Al cónyuge (de 66 a 80 años de edad), 78.628,14 euros./ Factor de corrección viuda (discapacidad física acusada), 78.628,14 euros./ Indemnización hijos (8736,46 x 5 hijos), 43.682,23 euros./ Factor corrección hija (...) discap. física acusada, 4.368,23 euros./ Factor correc. hijo con convivencia (4.368,23x2 hijos), 8.736,46 euros. (...). Tales cantidades básicas habrán de incrementarse en un 10%, como factor de corrección indicado en la Tabla II del citado Baremo".

Junto con la reclamación aporta, como medios de prueba documentales, los siguientes: a) Certificación literal de fallecimiento. b) Informe de autopsia, de fecha 6 de noviembre de 2008. c) Informe de exitus del paciente, emitido por la Unidad de Cuidados Intensivos. d) Libro de familia. e) Documento nacional de identidad. f) Certificado de Minusvalía de la viuda (50%). g) Certificado de Minusvalía de una hija (34%). h) Certificado de Convivencia de la viuda con dos de sus hijos. i) Justificante como demandantes de empleo de los dos hijos que conviven con la madre.

2. Mediante escrito de 11 de mayo de 2009, notificado el día 18 del mismo mes en la dirección postal indicada en el escrito de reclamación, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica a la primera interesada la fecha de recepción de su reclamación “en la Administración del Principado de Asturias” y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará en dicho Servicio. Asimismo, le señala el plazo para resolver y los efectos del silencio.

3. Mediante escrito de 14 de mayo de 2009, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del hospital la remisión de copia de la historia clínica del fallecido e informe actualizado “de los Servicios que le prestaron asistencia”.

4. Con fecha 27 de mayo de 2009, la Directora de Gestión y SS. GG. del hospital remite al Servicio instructor copia de la historia clínica y el informe del Servicio de Traumatología.

5. El día 1 de junio de 2009, el Jefe del Servicio instructor remite un escrito a la Gerencia del hospital indicándole que el informe del Servicio de Traumatología recibido “es un simple informe de alta al que se le ha cambiado la fecha y en el que no se hace referencia ni valoración alguna del contenido concreto de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada. Además, solicita la copia completa de la historia clínica, teniendo en cuenta que “fue intervenido por Cirugía General y permaneció ingresado en la UCI”. De igual modo reitera la solicitud de informes de los “servicios médicos intervinientes”.

6. Con fecha 23 de julio de 2009, la Directora de Gestión y SS. GG. del hospital remite “copia completa de la historia clínica (...) donde figuran los informes de los servicios médicos que intervinieron en el proceso asistencial sobre el contenido de la reclamación”.

Junto con el escrito, acompaña los informes de los Servicios de Traumatología y de la UCI. El Servicio de Traumatología remite una copia del informe ya enviado con anterioridad, de fecha 27 de mayo de 2009, limitándose a relatar cronológicamente la asistencia prestada, sin realizar valoración alguna respecto a la reclamación.

El Servicio de la UCI remite un informe, de fecha 10 de noviembre de 2008 que, como el anterior, relata cronológicamente la asistencia prestada, e incluye el resultado de la necropsia. No realiza ninguna valoración sobre la reclamación presentada.

7. Con fecha 31 de julio de 2009, el instructor solicita a la Gerencia del hospital un "informe del Servicio de Medicina Preventiva sobre el concreto contenido de la reclamación presentada", y el día 9 de septiembre la Directora de Gestión y SS. GG. remite el informe elaborado por la facultativa responsable de dicho departamento.

El informe aporta un detallado informe estadístico sobre infecciones nosocomiales, tanto en el ámbito del hospital, como en el concreto Servicio de Traumatología, y en particular en relación con las prótesis de cadera, llegando a la conclusión de que "las tasas de infección de prótesis de cadera" en los años 2007 y 2008, "están por debajo del estándar utilizado habitualmente que se sitúa en <2%".

También señala que "en el caso de este paciente, no existe constancia de que se haya administrado profilaxis quirúrgica, lo cual es un factor que puede influir en la aparición de la infección, de la misma forma que puede hacerlo el hecho de que el paciente esté clasificado como ASA III-IV".

8. Con fecha 15 de septiembre de 2009, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto suscribe el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras una descripción de la asistencia prestada, expone que "al quinto día del posoperatorio presentó un cuadro que, aunque inicialmente fue valorado

como isquémico (...) resultó ser un proceso infeccioso que evolucionó como un shock refractario por infección por staphilococcus aureus (...) con origen en herida quirúrgica./ En la historia clínica no se halla documentada la administración de la profilaxis antibiótica que se encuentra protocolizada para este tipo de intervención y el Servicio de Medicina Preventiva tiene registrado que se trata del único paciente de los operados de prótesis de cadera que en 2008 desarrolló una infección de herida profunda y una sepsis, dándose la circunstancia de que es también el único paciente que no ha recibido la profilaxis antibiótica quirúrgica indicada en los protocolos de actuación establecidos. Este hecho pudo haber influido en la aparición de la infección, de la misma forma que puede hacerlo el hecho de que el paciente esté clasificado como ASA III-IV de riesgo quirúrgico”.

A la vista de todo ello, concluye que la reclamación “debe ser estimada dejando para un momento posterior (...) la fijación de la cuantía indemnizatoria”.

9. Con fecha 22 de septiembre de 2009, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Sespas, y del expediente a la correduría de seguros.

10. En virtud de Providencia del día 4 de mayo de 2010, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias admite a trámite un recurso Contencioso-administrativo frente a la denegación presunta de la reclamación, y requiere a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios la remisión del expediente administrativo correspondiente.

11. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio fechado el día 8 de septiembre de 2010, los interesados presentan, el día 4 del mes de octubre siguiente, un escrito de alegaciones con referencia expresa al informe técnico

de evaluación sobre la falta de profilaxis antibiótica quirúrgica. En lo que se refiere a la indemnización, reitera la inicialmente solicitada.

El día 6 de ese mismo mes de octubre, el Servicio instructor remite una copia de las alegaciones a la entidad aseguradora.

12. Con fecha 15 de octubre de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias elabora una propuesta de resolución estimatoria parcial, valorando la indemnización en 89.366,73 euros.

Razona la propuesta que “los diagnósticos finales anatomopatológicos fueron estado de sepsis con origen en herida quirúrgica” y que “en la historia clínica no se halla documentada la administración de la profilaxis antibiótica que se encuentra protocolizada”, dándose la circunstancia de que “se trata del único paciente de los operados de prótesis de cadera que en 2008 desarrolló una infección de herida profunda y una sepsis”, y de que “es también el único paciente que no ha recibido la profilaxis antibiótica quirúrgica indicada (...). Este hecho puede haber influido en la aparición de la infección, de la misma forma que puede hacerlo el hecho de que el paciente esté clasificado como ASA III-IV de riesgo quirúrgico”.

Por lo que respecta a la indemnización, sobre la base del baremo establecido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), entiende que ha de aplicarse las cuantías correspondientes a 2008, por los siguientes importes: “Al cónyuge, 77.542 €./ A cada hijo 8.615,84x5, 43.034,03 €./ Según la Tabla II de factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte:/ Al cónyuge por minusvalía 75%”.

Sostiene que no corresponde aplicar factores de corrección por perjuicios económicos, dado que solo se aplican a la edad laboral, y el fallecido “de 76 años de edad, era pensionista”. Igualmente indica que el baremo no contempla factor de corrección para “hijos convivientes en paro”.

En aplicación de los criterios anteriores, obtiene una cantidad total de 178.733,47 €, a la que aplica un “elemento corrector de disminución del 50%”, teniendo en cuenta que el riesgo quirúrgico del paciente era “ASA grado IV, admitiéndose en todas las fuentes consultadas para estos pacientes una mortalidad perioperatoria del 50%”.

En consecuencia propone una indemnización de ochenta y nueve mil trescientos sesenta y seis euros con setenta y tres céntimos (89.366,73 €).

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de octubre de 2010, registrado de entrada el día 5 de noviembre siguiente, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- En atención al artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el caso ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 23 de abril de 2009, habiendo tenido lugar el fallecimiento del que trae origen el día 23 de abril de 2008, por lo que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

No obstante, y puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, ya citada, establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño

alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Pretenden los reclamantes el resarcimiento del daño derivado del fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, que atribuyen a una infección nosocomial contraída en un hospital de la red pública, tras una intervención de prótesis de cadera.

No existiendo duda respecto al hecho dañoso por el que se reclama, la muerte del paciente, ni sobre su causa inmediata, “shock refractario por infección por staphilococcus aureus (...) con origen en herida quirúrgica”, hemos de presumir la realidad del daño moral infligido a los reclamantes, dada su condición de esposa e hijos del difunto.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que los interesados no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por las reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su

caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el supuesto concreto que analizamos, la propia Administración sanitaria reconoce la existencia de una posible infracción de la *lex artis*, dado que no se pudo probar que se administrara al paciente la profilaxis antibiótica quirúrgica pautada en los protocolos de aplicación. A este respecto, debemos destacar que tal hecho carece de toda explicación por parte del Servicio responsable de la atención sanitaria, ya que, pese a haber sido requerido en dos ocasiones por el instructor, omite informar sobre las circunstancias que originan la reclamación y, en último extremo, sobre aquellas que, a su juicio, dieron lugar al fallecimiento de un paciente a su cargo para la intervención quirúrgica practicada. Este Consejo, a la vista de la documentación incorporada al procedimiento, considera igualmente acreditada la señalada infracción, en la que coinciden el informe del Servicio de Medicina Preventiva del hospital, el informe técnico de evaluación y la propuesta de resolución.

Así las cosas, la única cuestión a deslindar consiste en establecer la posible relación causal entre tal infracción y el resultado producido. Al respecto, todos los informes aportados por la Administración (hemos de recordar que los interesados no aportan informe al respecto), resultan coincidentes, incluso en su propia literalidad, al señalar dos hipótesis cualificadas para explicar la infección: de un lado, reconocen que la falta de profilaxis adecuada "puede haber influido en la aparición de la infección", si bien, y a renglón seguido, sostienen que de la misma forma pudo hacerlo "el hecho de que el paciente esté clasificado como ASA III-IV de riesgo quirúrgico".

A la vista de ello, la propuesta de resolución aplica un “elemento corrector de disminución del 50%”, una vez valorado el daño, que justifica en el hecho de que “el riesgo quirúrgico (...) ASA grado IV”, conlleva, según “todas las fuentes consultadas (...) una mortalidad perioperatoria del 50%”.

Del análisis del expediente hemos de concluir que, resultando indubitada la causa inmediata de la muerte, no resulta posible establecer con absoluta certeza la causa mediata, dado que los informes técnicos refieren, como acabamos de exponer, dos posibles desencadenantes de la infección de herida profunda, de la prótesis, y uno de esos factores sería la alta tasa de “mortalidad perioperatoria”, según reza la propuesta de resolución, en función de su clasificación como “ASA III-IV”.

Como es sabido, este sistema de clasificación, que estableció la Sociedad Americana de Anestesiología (ASA en su acrónimo inglés), “clasifica los pacientes para anestesia en cinco categorías en función de los factores de riesgo anestésico” (*Diccionario Mosby, Volumen I, Sexta Edición, Madrid 2003*), es decir, en consideración al riesgo operatorio debido al empleo de la anestesia; sin embargo, es común que, excediendo su inicial significado, se aplique a la valoración del riesgo perioperatorio, dado que se han establecido ciertas coincidencias estadísticas entre la morbilidad anestésica y la perioperatoria. Sobre la base de tal paralelismo, la propuesta de resolución plantea, como hemos visto, una reducción en función del riesgo del 50% de “mortalidad perioperatoria”, admitido “en todas las fuentes consultadas” para un paciente “ASA-IV”.

Por tanto, la Administración, admitiendo como posible la incidencia de dos factores, construye la relación causal de modo similar al que se realizaría ante la presencia de una pérdida de oportunidad terapéutica, cuantificando el daño en función de datos estadísticos de supervivencia.

A nuestro modo de ver, y aunque nos enfrentemos a un curso causal hipotético en el que no es posible afirmar que una adecuada profilaxis antibiótica hubiera evitado la aparición de una infección de la herida profunda

con resultado de sepsis, lo cierto es que los datos estadísticos aportados por el propio hospital nos conducen a presumir, a los efectos de la responsabilidad patrimonial pretendida, la relación causal entre la ausencia de profilaxis y la infección, dado que de las 134 intervenciones realizadas entre 2007 y 2008, solo dos cursaron con una infección profunda, y solo una, precisamente la del paciente posteriormente fallecido, originó una sepsis con resultado de muerte, siendo el fallecido el “único paciente que no ha recibido la profilaxis antibiótica quirúrgica indicada en los protocolos” (según el dictamen técnico de evaluación). En todo caso, y aún admitiendo a efectos dialécticos la posible incidencia en el resultado final de la valoración preanestésica citada, lo cierto es que la ausencia de profilaxis antibiótica no haría otra cosa que incrementar ese riesgo, ya de por sí elevado, con el que este paciente se enfrentó a la intervención quirúrgica.

En definitiva, consideramos acreditado que se incumplió la *lex artis ad hoc*, e igualmente consideramos que existe una relación de causalidad, en términos estadísticos determinantes, entre la falta de profilaxis antibiótica y el fallecimiento del paciente.

No obstante lo anterior, hemos de realizar una última consideración sobre el nexo causal apreciado por la Administración. En esencia, se basa en la proyección del índice de riesgo apreciado a efectos anestésicos hacia el periodo postoperatorio. Pero, de ser así las cosas, cabría plantearse si el paciente había sido informado de los riesgos concretos de la intervención quirúrgica en función de sus factores personales, de acuerdo con la norma aplicable.

Analizado el expediente, constatamos que existen dos documentos de consentimiento informado correspondientes al procedimiento anestésico, uno para anestesia “loco-regional”, y otro para “anestesia general”. En ambos casos, la casilla correspondiente a los riesgos personalizados se limita a recoger lo siguiente: “ASA III/IV”.

Sin embargo, el documento de consentimiento informado para la práctica quirúrgica -“prótesis articular del miembro inferior”- no recoge la existencia de

ningún riesgo personalizado, figurando tan solo como información general que las complicaciones “comunes y potencialmente serias” podrían requerir tratamientos complementarios con “un mínimo porcentaje de mortalidad”.

Siendo esto así, sorprende que en la propuesta de resolución se haga constar que en los pacientes ASA IV, el riesgo de mortalidad perioperatoria alcanza el 50%, y aunque no se indica la fuente ni el periodo considerado (en general se trata de pacientes gerontológicos, y por ello con una esperanza de supervivencia necesariamente corta), ningún motivo tenemos para poner en duda el dato que aporta la propia Administración.

Todo ello nos conduce de manera inevitable a considerar que se habría incumplido el deber de informar al paciente, de forma comprensible, de los riesgos personalizados que se habrían considerado en su caso, con un más que evidente compromiso vital -el 50% de riesgo de fallecimiento-. Al no haberlo hecho así, la Administración debe responder de la materialización de un riesgo del que no informó adecuadamente, privando al paciente de su derecho de autodeterminación, e incumpliendo por ello las previsiones legales contenidas, fundamentalmente, en los artículos 4, 8 y 10 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.

La ausencia de ese consentimiento previo nos llevaría a considerar que el daño resulta antijurídico, acarreado consecuentemente la obligación de que la Administración sanitaria asuma su reparación.

En definitiva, en cualquiera de las dos hipótesis que la propia Administración considera como causas mediatas de la infección profunda, la consecuencia con relación a la responsabilidad patrimonial instada habría de ser la misma: o bien el daño está causalmente unido a la falta de profilaxis, o bien no se proporcionó al paciente la información sobre los riesgos personalizados adecuada y legalmente exigible y, por ello, el fatal resultado resulta antijurídico. En todo caso la consecuencia, común a ambas hipótesis, es que la Administración ha de resarcir el daño causado.

SÉPTIMA.- Establecida la relación causal, resta nuestro pronunciamiento sobre la cuantía de la indemnización. Según hemos razonado en la consideración anterior, consideramos acreditada la relación causal de la infracción de la *lex artis* con el daño producido, por lo que no puede minorarse la indemnización en el 50% como plantea la propuesta de resolución. En todo caso, la consideración del daño como antijurídico, como consecuencia de la falta de información sobre riesgos personalizados al paciente -y por ello de su consentimiento-, conduciría de igual manera a la improcedencia de aplicar el indicado porcentaje de disminución.

En orden al cálculo de la indemnización, no parece inapropiado, tal como hacen los reclamantes, valerse del baremo establecido al efecto en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), que, si bien no resulta de aplicación obligatoria, viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario y orientativo, a falta de otros criterios objetivos.

Consideramos que la indemnización se ha de fijar (siguiendo las cuantías actualizadas a 2010 del baremo de accidentes de circulación, aprobadas por Resolución de 31 de enero de 2010 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), en atención a los siguientes conceptos: Al cónyuge 79.300 €, a los que habría que añadir 59.500 € como factor de corrección por circunstancias familiares especiales del mismo y 8.810 € a cada hijo.

Tal como razona la propuesta de resolución, no procede aplicar factor de corrección alguno ni por ingresos de la víctima, que contaba 76 años y era pensionista, ni por hijos convivientes en paro. Por ello, consideramos que debe indemnizarse a los reclamantes con la cantidad total de ciento ochenta y dos mil ochocientos cincuenta euros (182.850 €), según las cuantías individuales señaladas.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.