

Expediente Núm. 46/2012  
Dictamen Núm. 156/2012

**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 31 de mayo de 2012, 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 6 de marzo de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intervención realizada en un hospital de la red pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 5 de abril de 2011, el interesado presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del tratamiento dispensado en un hospital de la red pública.

Relata en su escrito una serie de atenciones y tratamientos llevados a cabo en la sanidad pública del Principado de Asturias desde febrero de 2009, hasta que el 13 de julio de 2010 se realiza angiografía cerebral completa,

recogiéndose en el informe de fecha 13 de julio de 2010 del Servicio de Radiodiagnóstico I que parte del material inyectado para la embolización avanzó por vasos colaterales hacia la arteria oftálmica que se rellenó por vía retrógrada. Por presentar ceguera en el ojo derecho y cefalea difusa el paciente fue ingresado en la Unidad de Cuidados Intermedios, donde recibió el alta el día 17 de julio de 2010". Añade que "la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en Asturias dictó Resolución de fecha 2 de noviembre de 2010" por la que se le declara en situación de "incapacidad permanente absoluta (...), señalando como cuadro residual el siguiente:/'fístula dural grado III temporal derecha embolizada (07/10). Obstrucción de arteria central de la retina con déficit visual en ojo derecho secundaria. Déficit motor en miembro inferior derecho con signos de piramidalismo. Sospecha de enfermedad desmielinizante inflamatoria asociada '".

El propio interesado sostiene, con apoyo en un informe pericial que aporta, que en la asistencia prestada "la única actuación que no se ajustó a la *lex artis* consistió en no haber solicitado al paciente el consentimiento informado, formulado por escrito, para la actuación en Neurorradiología en el tratamiento de la fístula craneal (...). En definitiva, se practicó al paciente una intervención sin haberle explicado mínimamente los graves riesgos que la misma podía tener en su salud".

A la vista de ello, argumenta que se le privó "de un derecho esencial, cual es conocer los riesgos concretos a los que se expone con la aplicación de un tratamiento y/o prueba médica", lo que supone la vulneración "de una norma esencial del protocolo médico y de la *lex artis*", lo que "constituye un claro supuesto de responsabilidad patrimonial".

En lo que atañe a los daños, considera de aplicación la "Resolución de 31 de enero de 2010 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones" sobre "valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", y refiere los siguientes: "disminución de la agudeza visual en el ojo derecho", que valora en veinte puntos, más un diez por ciento

de "factor de corrección por perjuicios económicos". Asimismo, "al haber sido declarado (...) en situación de incapacidad permanente absoluta", entiende de aplicación el factor de corrección previsto en la tabla IV, que aplica ponderándolo al sesenta por ciento "en atención a la influencia que en dicha declaración de incapacidad (...) han tenido las secuelas reseñadas", con lo que "la cantidad total reclamada en concepto de lesiones asciende a la suma de ciento sesenta y dos mil doscientos noventa y siete euros con setenta y tres céntimos (162.297,73 €).

Junto con la reclamación aporta copia de los informes médicos del proceso asistencial prestado entre el 3 de junio de 2009 y el 20 de julio de 2010, copia de la Resolución de la Directora Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 2 de noviembre de 2010 e informe médico privado de un especialista en Medicina Legal y Forense, de fecha 2 de febrero de 2011.

**2.** El día 13 de abril de 2011, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital ..... remite al Servicio instructor el parte de reclamación al seguro de responsabilidad sanitaria y una copia de la historia clínica del perjudicado.

Este mismo Servicio le traslada, con fecha 18 de abril de 2011, el informe "emitido por el Servicio de Radiodiagnóstico" y, al día siguiente, el elaborado por el Servicio de Neurología.

En el primero de ellos se hace constar que "se cita al paciente y se le explica el riesgo asociado a la historia natural de su enfermedad sin realizar ninguna intervención, así como las posibles complicaciones derivadas del tratamiento endovascular. Una vez conocidas todas las opciones, el paciente decide intervenir". Acompaña el informe de la "consulta externa de Neurorradiología Intervencionista" correspondiente al 21 de mayo de 2010, en el que textualmente se señala que "se cita al enfermo para proponerle la intervención, explicar las posibles complicaciones y realizar estudios preoperatorios".

El segundo informe cita, en relación con el consentimiento previo, el mismo informe de la consulta externa de Neurorradiología Intervencionista del día 21 de mayo de 2010, y confirma que “efectivamente durante el procedimiento existió un embolismo hacia la arteria oftálmica que dejó como secuela una disminución de la agudeza visual derecha, una de las complicaciones potenciales bien conocidas en este tipo de procedimientos”.

**3.** Mediante escrito de 19 de abril de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al interesado la fecha de entrada de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**4.** Con fecha 29 de agosto de 2011, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación.

Sin discrepancia en cuanto a los hechos relatados por el interesado, afirma que “los profesionales que informan (...) coinciden en afirmar que se explicó al paciente el tipo de procedimiento al que iba a ser sometido y sus posibles complicaciones” y que, “revisada la documentación clínica y la historia (del hospital), no ha podido localizarse consentimiento informado escrito para el procedimiento de embolización de la fístula dural”. También señala que “el déficit visual del paciente se recoge como uno de los factores que determinaron la declaración de una incapacidad (...) pero no es el único, y, aunque no se gradúa la importancia de las distintas patologías, es posible que esta no sea la más importante de las que se citan; de hecho en el informe pericial adjuntado por el demandante se indica que ‘ha influido’ en la declaración de invalidez”. Concluye que la reclamación ha de estimarse, “independientemente de la cuantía que en su momento se determine”.

**5.** Mediante escritos de 2 de septiembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

**6.** Con fecha 12 de octubre de 2011, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por un especialista en Neurología. En sus conclusiones afirma que “se propuso al paciente el tratamiento de (la fístula encefálica) mediante oclusión endovascular, lo que (...) aceptó, realizándose un ingreso programado para llevar a cabo la intervención”. Durante esta “se presentó una complicación consistente en la oclusión parcial accidental de la arteria oftálmica” que ocasionó “una ceguera parcial del ojo derecho”. En cuanto al consentimiento informado, indica que “en la documentación que se nos ha facilitado no figura un consentimiento escrito y firmado por el paciente para este procedimiento específico pero sí, en cambio (...), para la anestesia general”. Cita el informe de Neurorradiología del día 21 de mayo de 2010, y señala que “la situación de incapacidad laboral absoluta concedida al paciente se justifica solo parcialmente por su déficit visual (...), ya que se valoraron otras circunstancias condicionadas por su enfermedad neurológica previa”.

**7.** Con fecha 4 de noviembre de 2011, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio instructor una copia del expediente administrativo al haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la responsabilidad patrimonial. Acompaña copia del emplazamiento judicial y de la demanda.

**8.** Obra incorporado al expediente un informe de la entidad aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de fecha 24 de noviembre de 2011, en el que solicita se dicte resolución desestimatoria, al estimar, con cita

de dos recientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (de 30 de abril de 2009 y 16 de abril de 2010), que “la omisión del consentimiento no supone que única y exclusivamente de esta falta de constancia deba derivarse responsabilidad, siempre que el conjunto de las actuaciones practicadas lleven al convencimiento psicológico preciso para considerar que el paciente fue informado aunque sea verbalmente”.

**9.** El día 9 de diciembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. No consta en el mismo que se hayan formulado alegaciones.

**10.** Con fecha 21 de febrero de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Sobre la base de aceptar que no se localiza en la historia clínica el documento de consentimiento informado relativo a la intervención realizada, concluye que, “aplicando la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales al caso, y en concreto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, entendemos que no procede estimar la pretensión indemnizatoria al constar acreditado en la historia clínica que se informó al paciente de las decisiones terapéuticas adoptadas, máxime cuando no existía alternativa lógica para evitar el alto riesgo de hemorragia que comprometía gravemente la salud del paciente”.

**11.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de marzo de 2012, registrado de entrada el día 16 del mismo mes, 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 Sanidad, 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.-** Atendiendo a lo dispuesto en el 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), está el interesado activamente legitimado 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 prescripción, 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 7 de abril de 2011, habiendo tenido lugar el alta hospitalaria, con

secuelas, el día 20 de julio de 2010, por lo que es claro que fue 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 su desarrollo, 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.

Ahora bien, 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. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

Sin embargo, 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 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.-** El interesado solicita una indemnización por las secuelas dimanantes de una intervención quirúrgica, realizada sin haber prestado el consentimiento previo informado.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, resulta probado que aquel sufrió una oclusión en la arteria oftálmica en el curso de una intervención que perseguía la embolización de una fístula dural, y que como consecuencia de ello padece una severa pérdida de visión en el ojo derecho. En este caso, la propia Administración admite la embolización accidental, por vía retrógrada, de la arteria oftálmica “como complicación del procedimiento”; es decir, admite la causación material del daño.

Por tanto, sin contradicción en cuanto al daño y su relación causal material con la actividad del servicio público, hemos de analizar si ese daño es indemnizable por resultar, a su vez, antijurídico.

Según refiere el interesado, se realizó la intervención “sin haberle explicado mínimamente los graves riesgos que la misma podría tener en su estado de salud”, con lo que se le privó “de un derecho esencial, cual es conocer los riesgos concretos a los que se expone”, lo que fundamentaría un “supuesto de responsabilidad patrimonial”.

Por su parte, el servicio público sanitario sostiene haber suministrado una información verbal, y que la intervención habría sido aceptada por el

reclamante, como lo prueba el hecho de que se trató de una intervención programada. A tales efectos, consta en el expediente que el paciente fue citado a consultas externas de Neurorradiología Intervencionista el día 21 de mayo de 2010 "para proponerle la intervención, explicar las posibles complicaciones y realizar estudios preoperatorios".

En el análisis de esta cuestión hemos de comenzar por recordar que el artículo 8 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, dispone que "toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso"; consentimiento que, según el apartado 2, "será verbal, por regla general", y por escrito en los casos 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".

En el caso examinado no está en cuestión que la naturaleza de la intervención realizada al interesado requería, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, la constatación escrita de su consentimiento.

En el expediente figura el documento de consentimiento informado para la anestesia general, pero no el correspondiente a la intervención para la embolización vascular practicada al paciente, pudiendo derivarse de los informes del Servicio de Neurorradiología Intervencionista que la información ofrecida al paciente lo fue de forma oral.

Queda circunscrito el debate, por tanto, a una cuestión de acreditación de la información suministrada al paciente y, en consecuencia, al alcance del consentimiento informado prestado por este. Respecto a la forma del consentimiento, el Tribunal Supremo tiene establecido que la exigencia legal de forma escrita no excluye de manera radical la validez del consentimiento prestado de forma verbal; sin embargo, ello supone invertir la carga de la

prueba de que efectivamente se proporcionó la información pertinente y se prestó el consentimiento, prueba de un hecho positivo que ha de aportar la Administración (Sentencias de 4 de abril de 2002 y 28 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, y, más recientemente, la de la misma Sala y Sección de 25 de abril de 2005, así como las de la Sección 4.ª de 25 de mayo y 27 de diciembre de 2011). En dictámenes anteriores también hemos manifestado que no cabe excluir *a priori* la eficacia del consentimiento verbal; ahora bien, en tal caso la Administración ha de probar que se proporcionó la información adecuada al paciente, no resultando suficiente a tales efectos “la mera aceptación de la intervención -presumible por su carácter programado, pero carente de sentido informativo-” (Dictamen Núm. 361/2011).

En el presente caso, si bien el hecho de tratarse de una intervención programada, junto con la cita en el Servicio correspondiente en fechas anteriores a la intervención, ponen de manifiesto que el paciente prestó su consentimiento a la terapia concreta, no podemos alcanzar la convicción de que en esa cita se le hubiera proporcionado una información completa, que comprende la explicación de los riesgos generales y particulares que conlleva la terapia propuesta, así como las posibles alternativas al tratamiento. En este punto, debe dejarse constancia de la existencia, entre los documentos de uso general en el Hospital ....., de un formulario específico de consentimiento informado para la embolización vascular en el que constan como riesgos típicos, entre otros, “la obstrucción de los vasos en órganos no deseados, que pueden conducir a complicaciones graves, e incluso la muerte”. Sin poner en cuestión que en la cita tantas veces referida -en Neurorradiología Intervencionista el día 21 de mayo de 2010- se le explicaron al paciente “las posibles complicaciones”, no existe constancia alguna, ni siquiera mención por parte de ninguno de los responsable médicos, de cuál haya sido el contenido de esa información, y mucho menos de que, entre esas posibles complicaciones, se le hubiera informado del riesgo de obstrucción de la arteria oftálmica, que es el concreto riesgo que finalmente se materializó, con las graves consecuencias ya descritas.

En definitiva, hubo información oral, pero no consta, ni podemos deducir de ningún dato de la historia clínica, que tal información fuera suficiente, por lo que el daño causado ha de reputarse antijurídico, y por ello generador de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

**SÉPTIMA.-** Fijados los hechos y establecida la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, así como el carácter antijurídico de este, procede valorar la cuantía de la indemnización solicitada sobre la base de los daños y perjuicios efectivamente acreditados.

Al respecto, hemos de advertir que la Administración, dado el carácter desestimatorio de la propuesta de resolución que formula, no ha analizado la valoración efectuada por el interesado; ausencia de valoración predicable de todos los elementos indemnizatorios, pero particularmente significativa en lo que se refiere a la incidencia del déficit de visión en la declaración de incapacidad laboral.

Como hemos señalado en ocasiones precedentes, para el cálculo de la indemnización correspondiente a los conceptos resarcibles parece apropiado valerse del baremo establecido al efecto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), en sus cuantías actualizadas para el año 2012, que, si bien no es de aplicación obligatoria, viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos.

Por tanto, careciendo este Consejo de elementos de juicio para precisar la valoración de la secuela y el alcance que en la declaración de incapacidad puede imputarse al déficit de visión en el ojo derecho, y teniendo en cuenta que ese solo dato condiciona la aplicación de la tabla IV de la norma citada, con notable incidencia en la cuantía indemnizatoria a establecer, consideramos que ha de ser la Administración quien, realizando los actos de instrucción necesarios

para la comprobación de todos estos extremos, puede y debe fijar la cuantía de la indemnización total que ha de abonar al perjudicado.

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

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.