

Expediente Núm. 169/2012
Dictamen Núm. 222/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de julio de 2012, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 18 de junio de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por las lesiones sufridas a consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 29 de julio de 2011, un letrado, que actúa en nombre y representación de una cuñada de la interesada, presenta en el registro de una Oficina de Empleo de Valladolid una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de una intervención quirúrgica llevada a cabo en la sanidad pública.

Expone que la perjudicada “padece desde hace años espondiloartrosis anquilopoyética, lo que le produce intensos dolores”, y que tras acudir a

consulta de Traumatología en el Hospital "X" un facultativo del referido Servicio le "recomienda" someterse a una "intervención quirúrgica" con el objeto de "anquilosar una vértebra de la columna, localizada en segmento torácico"; cirugía consistente "en colocar unos tornillos en la vértebra", con lo que, según "explicó el médico", "se pondría fin a los dolores que padecía" y "además ganaría en calidad de vida", pues presentaba "dificultades de movilidad".

Practicada la intervención el día 18 de noviembre de 2010, el profesional que la realiza -distinto del que había atendido previamente a la paciente, jubilado antes de la operación- transmite a los familiares que aquella "había transcurrido sin incidencias, pero que es pronto para saber" si la paciente "moverá las piernas"; ante la sorpresa mostrada por los acompañantes, pues "en ningún momento se les había informado de tales riesgos", el facultativo responde que "el tipo de intervención realizada (...) tiene mucho riesgo". Ese mismo día se les comunica la necesidad de reintervenir de urgencia a la afectada "por presentar un cuadro de parálisis en extremidades inferiores, y tras haber detectado mediante TC la presencia de un tornillo en el interior de la médula espinal (...). A pesar de esta segunda intervención (...) se constata una lesión medular irreversible", habiendo sido diagnosticada de "paraplejía T1 ASIA-A", lo que provoca que carezca de "movilidad" y "sensibilidad alguna de cintura a pies", debiendo precisar de ayuda para "las actividades básicas de su vida diaria", así como asistencia psiquiátrica y psicológica desde entonces.

Subraya que "la ausencia de información previa a la intervención, de sus riesgos posibles, condicionó su decisión de aceptar someterse a la misma", pues de haber sido aquellos conocidos "hubiera optado por no operarse", y precisa que en el presente caso ha existido "una absoluta falta de información sobre la intervención realizada y sus posibles complicaciones y riesgos", sobre los que ningún facultativo informó previamente a la afectada, sin que exista el correspondiente "documento de consentimiento informado" en la historia clínica ni "anotación al respecto de que se le informara, siquiera de forma verbal", antes de la cirugía. Al respecto, transcribe el contenido del artículo 4 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 (en adelante Ley de Autonomía del Paciente), y afirma que no se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 8 de la misma en cuanto a los requisitos de la prestación del consentimiento.

Solicita una indemnización por importe de setecientos setenta mil novecientos noventa y seis euros con seis céntimos (770.996,06 €), que desglosa en los siguientes conceptos: situación de "gran invalidez", con arreglo al "baremo contenido" en la Ley 30/1995 para "fijar las indemnizaciones por lesiones derivadas de accidentes de circulación", 362.821,67 €; eliminación "de barreras arquitectónicas de su domicilio", 90.705,42 €; daño moral infligido a la perjudicada, 181.410,84 €, y daño moral causado a los "familiares" de la lesionada -argumentan que la afectada cuidaba de su madre, de 84 años de edad, y que dado su estado actual "es el resto de la familia quienes deben atender ahora" a aquella-, 136.058,13 €, indicando que dichas cantidades se consideran provisionales en cuanto están "en función de la evolución posterior".

Interesa, además, que se sufrague "el coste de por vida del tratamiento médico, farmacológico y rehabilitador que precise" la interesada, "adquisición de medios mecánicos que resultaren necesarios ante la grave limitación motora que padece, así como el coste que resulte de la necesidad de eliminación de barreras arquitectónicas".

Adjunta la siguiente documentación: a) Poder notarial otorgado por la cuñada de la reclamante en favor del letrado actuante, en el que se refleja que la primera interviene en nombre y representación de la segunda en virtud del correspondiente poder, cuyo contenido se transcribe en lo referente a "otorgar poderes con las facultades que detalle". b) Poder notarial otorgado por la interesada en favor de su cuñada. c) Informes médicos emitidos por el Hospital "X" y por el Hospital "Y". d) Informe suscrito por el Jefe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del centro en el que fue intervenida la perjudicada, en el que, con fecha 15 de julio de 2011, se indica que, "revisada detalladamente" la historia clínica, "no consta la existencia de ningún

documento de consentimiento informado en relación a las intervenciones quirúrgicas realizadas el día 18 de noviembre de 2010”.

2. Mediante escrito de 9 de agosto de 2011, notificado el día 7 de septiembre del mismo año al representante de la interesada, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios le comunica la fecha de recepción 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.

3. Mediante escrito de 22 de agosto de 2011, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital “X” remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica de la perjudicada.

4. Con fecha 31 de agosto de 2011, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del citado hospital remite al Servicio instructor el informe emitido por el Servicio de Traumatología, al que se adjuntan diversos documentos de la historia clínica.

En el informe, elaborado el día 26 de agosto de 2011 por el cirujano responsable de la intervención, se señala que él “se personó la víspera de la misma para explicarle el procedimiento a realizar, sus posibles complicaciones y solventar todas las dudas que pudiera tener la paciente al respecto, extendiéndose la entrevista desde las 19:00 hasta las 19:30 horas aproximadamente, como consta por escrito en (...) la historia clínica”. Asimismo, indica que tras practicar la intervención y encontrándose la paciente en la Unidad de Reanimación se halló “paraplejía establecida al nivel de la cirugía, por lo que” se realizó “el tratamiento urgente oportuno”, confirmándose tras la misma y a través de las pruebas pertinentes la existencia de “lesión completa de los cordones anterior y posterior medulares”.

Los documentos que acompañan al informe son: a) Notas manuscritas de consultas externas, datadas los meses de diciembre de 2009 y enero de

2010. b) Solicitud de inclusión en lista de espera quirúrgica, de fecha 22 de marzo de 2010, "para la realización de `MOSS vía anterior`". c) Hoja de valoración preanestésica y documento de consentimiento informado para anestesia general, de 10 de junio de 2010. d) Hoja del curso clínico en la que se refleja que, tras ingresar para cirugía programada el día 17 de noviembre de 2010, a las 19:00 horas "se informa a la paciente del procedimiento a realizar, así como de complicaciones posibles".

5. Figuran incorporados al expediente tres modelos de documento de consentimiento informado remitidos vía fax el día 20 de septiembre de 2011, relativos a la realización de cirugía para fractura de columna, para laminectomía más discectomía por hernia discal y para instrumentación de columna y artrodesis vertebral, respectivamente.

6. El día 26 de septiembre de 2011, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras manifestar que la complicación sufrida por la paciente es un riesgo típico de la cirugía realizada, recogido en el modelo de consentimiento informado previsto para instrumentación de columna y artrodesis vertebral, en el que figuran como tal las "secuelas neurológicas, que pueden ser irreversibles por lesión de la médula espinal o nervios en las maniobras propias del acto quirúrgico", propone la desestimación de la reclamación.

Señala que "en nada difiere" el relato de la reclamante "respecto a los hechos que se constatan en la historia clínica y en el informe emitido por el Servicio, salvo" en "lo relativo a la información proporcionada", resaltando en cuanto a este último aspecto que, "frente a la afirmación" de la paciente de que hubo "una total ausencia de información sobre el riesgo quirúrgico", el Servicio implicado sostiene lo contrario, tal y como figura en la historia clínica.

Al respecto, el Inspector informante expone que "la vigente regulación legal es interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento" prestado a partir de "información no

realizada por escrito”, entendiéndose que “al exigir la Ley 41/2002 que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba. En el presente caso, aun respetando esta inversión de la prueba que el Tribunal Supremo estima procedente entre otras sentencias en la de 3 de octubre de 2000, cuando la información no se ha realizado por escrito, como es obvio que ha ocurrido, es evidente que no se ha producido una ausencia de información, tal como consta en la historia clínica y manifiesta el médico que intervino a la paciente”. Razona, además, que “no hay motivo alguno para dudar” de que la información recogida en los modelos de consentimiento informado que maneja el Servicio, en la que figuran “las lesiones neurológicas irreversibles” como riesgo típico, no se facilitara de acuerdo con lo anotado en la historia, en la que se consigna “específicamente que se informó a la paciente sobre el procedimiento a realizar y sus posibles complicaciones”.

7. Con fecha 13 de enero de 2012, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital “X” remite al Servicio instructor “todos los estudios radiográficos originales realizados a la paciente con fecha anterior a la intervención”.

8. Mediante escrito de 16 de marzo de 2012, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios el expediente administrativo para su remisión al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, lo que se cumplimenta con fecha 27 de marzo de 2012.

9. El día 30 de abril de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al representante de la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 17 de mayo de 2012, el representante de la reclamante presenta un escrito de alegaciones en una Oficina de Empleo de Valladolid. En él se opone a las consideraciones vertidas en el informe técnico de evaluación respecto a la ausencia de consentimiento informado, invocando la jurisprudencia que establece la inversión de la carga de la prueba de la prestación del consentimiento, en cuanto recae sobre la Administración. Al respecto y en el caso concreto, rechaza que se “haya acreditado fehacientemente” que se prestara información verbal, pues considera que de la nota manuscrita en la historia clínica “no puede inferirse siquiera que el facultativo informara del riesgo de daño neurológico que finalmente se produjo”. Asimismo, expresa la sorpresa que produce el hecho de que, existiendo en el hospital “modelos prediseñados de consentimiento (...), en 6 meses (desde mayo hasta noviembre) no se le facilitara uno de estos documentos a la paciente”, ni siquiera con ocasión de la entrevista mantenida al ingreso, y “aun cuando fuera para cumplir un mero trámite burocrático”, subrayando que se trataba de una operación que “no era urgente, sino que se programó con antelación”.

10. El día 5 de junio de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, reproduciendo las consideraciones que respecto al alcance de la información verbal facilitada contiene el informe técnico de evaluación.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de junio de 2012, registrado de entrada el día 25 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 la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

El representante señala, además, actuar "en nombre y representación de" la cuñada de la perjudicada "quien, a su vez, actúa en nombre de" esta última. Pese a lo confuso de la expresión, del examen de los poderes notariales aportados resulta evidente que la única representación acreditada es la conferida por la paciente afectada tanto en favor de su cuñada como del letrado actuante, pero no la de este último en relación con ninguno de los familiares de aquella. Pese a ello, se invoca, y cuantifica, la existencia de un daño moral para los parientes cuya esfera jurídica pudiera haberse visto afectada por los hechos, sin que sean objeto de determinación, y menos aún de identificación -aparte de la cuñada, quien tampoco acredita su vínculo de parentesco-. Por ello, si en la resolución que ponga fin a este procedimiento se

apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración en lo referente a la pretensión indemnizatoria solicitada por la única familiar mencionada en el escrito que da inicio al mismo, no cabría una estimación de la reclamación sin que previamente, por el procedimiento oportuno, se verifique tanto el vínculo de parentesco invocado como su representación. 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.

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 29 de julio de 2011, habiendo tenido lugar la intervención de la que deriva la lesión padecida el día 18 de noviembre 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 caso contrario 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 asunto que se somete a nuestro dictamen se refiere a la reclamación de daños y perjuicios formulada por la interesada como consecuencia de la falta de información respecto a los riesgos derivados de una

intervención quirúrgica de la columna torácica, tras la cual presenta una lesión medular.

Lo actuado en el procedimiento permite entender acreditada la realidad del daño, consistente en "síndrome de sección medular transversa con shock neurogénico" y "paraplejia T1 ASIA-A", que la interesada presenta tras la primera intervención llevada a cabo el día 18 de noviembre de 2010.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante 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 ha subrayado este Consejo 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.

La interesada funda su imputación en la falta de información que dice haber experimentado, resaltando que de haber sido conocedora del riesgo típico presente en la intervención practicada, y finalmente materializado, hubiera optado por su no realización. Pese a que consta en el expediente que con anterioridad a la presentación de la reclamación la interesada había solicitado al hospital los documentos de consentimiento informado relativos a las dos operaciones llevadas a cabo el día 18 de noviembre de 2010, del tenor literal de aquella se desprende indubitadamente que la imputación sobre la falta del mismo se circunscribe a la primera de ellas, en cuyo curso se ocasionó el resultado lesivo que, apreciado de forma inmediata, trató de paliarse mediante la segunda cirugía, practicada con carácter urgente.

Tampoco ofrece dudas que el daño sufrido no es consecuencia de infracción alguna de la *lex artis* de los actos quirúrgicos -aspecto que la reclamante no cuestiona-, constando en la historia clínica que durante la misma se produjo un "desplazamiento de tornillo proximal que lesiona la médula".

Aun cuando no se cuestiona la corrección de los actos médicos, está acreditada la vinculación entre la lesión medular sufrida por la interesada y la cirugía de columna que se le realizó, por lo que procede que analicemos si fue informada del riesgo que entrañaba la intervención y, en su caso, las consecuencias jurídicas que comporta no haberlo hecho de modo adecuado. Entendemos que, dada su naturaleza de riesgo típico del daño surgido, la Administración tenía la obligación de informar de la posibilidad de que se produjera, y que a ella le corresponde la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación.

En este caso, no consta en el expediente el documento de consentimiento informado, como reconoce el propio Servicio de Traumatología, y de lo expresado en el informe técnico de evaluación cabe deducir que tal falta de constancia no responde a un posible extravío, sino a que no fue ofrecido a la paciente para su suscripción; de hecho, en el informe se indica que “es obvio” que “la información no se ha realizado por escrito”.

En el examen del presente supuesto, hemos de 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”, para establecer a continuación, en su apartado segundo, que tal consentimiento “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”.

Dada la naturaleza de la intervención realizada, resulta evidente que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, la formalización por escrito del consentimiento resultaba necesaria, aunque en el expediente solo figura el prestado para anestesia general en el mes de junio de 2010.

Sin embargo, el Inspector actuante aduce que la paciente tuvo conocimiento de las posibles complicaciones durante la entrevista que mantuvo con el cirujano responsable el día del ingreso, considerando la suficiencia de la información así facilitada a efectos de entender cumplidas las obligaciones de información establecidas en la Ley de Autonomía del Paciente, razonamiento que acoge la propuesta de resolución.

Frente a ello, el representante opone que “de la nota manuscrita en la historia clínica (folio 193) no puede inferirse siquiera que el facultativo informara del riesgo de daño neurológico que finalmente se produjo (...). No

constituye prueba alguna de que, efectivamente, se le informara de tal riesgo, siendo el mismo muy grave, y que, de haberse conocido previamente por la paciente, hubiera podido condicionar su decisión a someterse a la intervención”.

El análisis se centra, por tanto, en la acreditación de la información suministrada a la paciente y, en consecuencia, en el alcance del consentimiento informado prestado por esta. 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 -tal y como se refleja en el escrito de alegaciones de la propia reclamante-; 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 la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de junio de 1999, 4 de abril de 2000 y, más recientemente, 25 de abril de 2005 -todas ellas de la Sección 6.ª-, así como las de 25 de mayo y 27 de diciembre de 2011 -ambas de la Sección 4.ª-).

En tal sentido, este Consejo Consultivo ha manifestado en dictámenes anteriores que si bien el deber de informar no tiene el carácter de absoluto y omnicompreensivo, obviamente sí ha de extenderse a las complicaciones y a los riesgos que pueden surgir durante la operación y *a posteriori*, a los “riesgos relacionados con las circunstancias personales (...) del paciente” y a los “riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia”, en los términos de lo establecido en el artículo 10.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Resulta obvio que para que el consentimiento prestado por un paciente sea eficaz es preciso que se dé con conocimiento de causa, lo que radica en la entidad de la información suministrada por el servicio sanitario y recibida por el enfermo como garantía de prestación de un consentimiento expresa y suficientemente informado, cuya relevancia como manifestación de la facultad de autodeterminación del paciente -facultad inherente a su derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la Constitución)- ha sido

puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

En consecuencia, 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, como hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 361/2011, invocar el carácter programado de la cirugía practicada, pues la mera aceptación de la intervención -presumible por su carácter programado- no es prueba por sí misma de que el enfermo haya recibido la información que aquella está obligada legalmente a suministrar.

En el presente caso, el hecho de tratarse de una intervención programada -como destaca la interesada-, junto con la "entrevista" mantenida en el Servicio correspondiente el día antes de la operación y, más aún, las escuetas notas relativas a las consultas llevadas a cabo en los meses de enero y marzo de 2010 (fecha esta última en la que consta la firma de la solicitud de inclusión en lista de espera quirúrgica), hacen presumir razonablemente que la paciente aceptó genéricamente la práctica de la intervención concreta. En cambio, los mismos elementos fácticos no permiten alcanzar la convicción de que en esa última ocasión, ni tampoco en las tres citas preexistentes registradas en la historia clínica -a las que se une la que, según la reclamante, habría tenido lugar en el mes de mayo de 2010, momento en el que se hizo la solicitud de estudio preoperatorio-, se hubiera proporcionado una información cumplida, comprensiva de la explicación de todos los riesgos generales y particulares que conlleva la terapia propuesta, así como de las posibles alternativas al tratamiento. Tal y como figura en el expediente, entre los documentos de uso general en el hospital en el que se producen los hechos se encuentra un formulario específico de consentimiento informado para "instrumentación de columna y artrodesis vertebral", en el que se reflejan como riesgos típicos, entre otros, las "secuelas neurológicas, que pueden ser irreversibles por lesión de la médula espinal o nervios en las maniobras propias del acto quirúrgico". Sin poner en cuestión que en la ya citada "entrevista"

mantenida el día 17 de noviembre de 2010 en el Servicio de Traumatología se le hayan explicado a la paciente las “complicaciones posibles”, no existe constancia alguna, ni siquiera mención por parte del responsable médico interviniente, de cuál haya sido el contenido específico de esa información, y mucho menos de que, entre esas posibles complicaciones, se le hubiera informado del riesgo concreto de lesión medular, que es el que finalmente se materializó, con las graves consecuencias ya descritas.

Aunque en el informe emitido por el facultativo responsable se consigna que este procedió a explicar “el procedimiento a realizar, sus posibles complicaciones y solventar todas las dudas que pudiera tener” la afectada, “extendiéndose la entrevista desde las 19:00 horas hasta las 19:30 aproximadamente”, como -según indica- figura “por escrito en el curso clínico”, en este último únicamente se observa la indicada anotación de que “se informa a la paciente del procedimiento a realizar, así como de complicaciones posibles”, a las 19:00 horas; sucinta referencia que, como decimos, no resulta bastante a los efectos señalados, pese a que así se considere en el informe técnico de evaluación. A diferencia de lo que en él se concluye, no compartimos que no haya “motivo alguno para dudar” de que la información recogida en los modelos de consentimiento informado que maneja el Servicio no se proporcionara en ese momento, pues precisamente, comprendiendo la misma posibles consecuencias tan severas como las acaecidas, la lógica exigiría un adecuado reflejo de su exposición, que como decimos no consta. No ha dejado de considerarse, por otra parte, la eventual trascendencia de la información que hubiera transmitido el profesional que atiende a la paciente en las consultas anteriores al mes de noviembre de 2010 (facultativo que, según la reclamante, se jubila en el periodo comprendido entre el mes de mayo y el momento de la intervención), pero lo cierto es que la historia clínica no arroja, en ese sentido, ningún dato que avale la posibilidad de que la información detallada y suficiente de los riesgos a los que la misma se enfrentaba hubiese sido facilitada entonces. En este punto, no puede dejar de recordarse que, tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011, ya citada, la

regulación legal del consentimiento informado supone “una doble garantía” para paciente y facultativo, por cuanto, en relación a este último, implica la “de que sus actuaciones se desarrollarán dentro de los límites que impone la protección” de la facultad inherente al derecho fundamental a la integridad física del enfermo.

En definitiva, aunque ha quedado sentada la corrección con arreglo a la *lex artis ad hoc* de los actos estrictamente médico-quirúrgicos del caso, y también que hubo algún tipo de información oral sobre las consecuencias de los mismos, no consta, ni podemos deducir de la documentación obrante en el expediente, su suficiencia, por lo que entendemos que en este singular supuesto ese déficit informativo ha ocasionado un daño moral antijurídico derivado de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente que aquella falta comporta, que es generador de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria al haberse materializado uno de los graves riesgos de los que debió haber sido informada la paciente.

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 la interesada.

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.

Así, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de febrero de 2008 -Sección 6.ª- y de 2 de noviembre y 27 de diciembre de 2011 -Sección 4.ª-), el daño sufrido por la interesada constituye un daño moral indemnizable cuya valoración presenta, sin duda, dificultades inherentes a la ausencia de parámetros objetivos certeros. No obstante, el examen de las circunstancias concurrentes, entre las que apreciamos la falta de contradicción, por parte de la Administración, de la versión de la reclamante en cuanto al alcance de las consecuencias sufridas, nos lleva a entender adecuada la aplicación de la cuantía establecida en la tabla IV del citado baremo (en la que se contemplan los "factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes") para el concepto "daños morales complementarios". Se entenderán como tales los "ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos", lo que ocurriría en el presente caso, en el que el diagnóstico "paraplejia T1 ASIA-A" se corresponde con las secuelas "paraplejia D1-D5" del capítulo 6 la tabla VI, a las que el baremo otorga 85 puntos. El concepto de "daños morales complementarios", en cuanto atiende a la valoración independiente del provocado por aquellas secuelas que presentan una mayor entidad, es, pues, el que estimamos representa de forma más adecuada el perjuicio indemnizable en este caso. Tomando como referencia el mismo, y teniendo en cuenta la cuantía actualizada en virtud de la Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, consideramos igualmente prudente aplicar la suma contemplada en el sistema de valoración en su grado máximo, a la vista de la gravedad de las secuelas padecidas y el carácter típico del riesgo materializado, en cuanto supone que su aparición no era despreciable; de ello, resulta un importe indemnizatorio de noventa y dos mil ochocientos ochenta y dos euros con treinta y cinco céntimos (92.882,35 €).

En cambio, los restantes conceptos por los que se reclama no pueden ser objeto de indemnización, bien por no haber sido acreditados, bien por no traer causa directa de la ausencia de información, no habiéndose probado la

existencia de una infracción de la *lex artis* distinta de la reseñada en la consideración anterior.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendidas las observaciones esenciales contenidas en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en la cantidad de noventa y dos mil ochocientos ochenta y dos euros con treinta y cinco céntimos (92.882,35 €).”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.