



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 9 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 de febrero de 2008.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.D.G.P., en nombre y representación de R.A.S., por daños ocasionados como consecuencia de la inexistencia de consentimiento informado (EXP. 39/2008 IDS)\*.*

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

### I

Mediante escrito de 22 de enero de 2008, y entrada en este Consejo el 28 del mismo mes, la Consejera de Sanidad interesa de este Consejo preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario [al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2003, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por R.D. 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP)], respecto de la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento de reclamación de indemnización incoado por daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a la en su día paciente, hoy reclamante, R.A.D.S., por parte del Servicio Canario de la Salud al ser intervenida de hernia discal, que tuvo mala evolución postoperatoria, lo que obligó a una segunda intervención en la que se produjo un desgarró dual en la vértebra L-5.

A consecuencia de tales intervenciones, y las incidencias de las que se dará cuenta más adelante, le quedaron a la reclamante diversas secuelas, pues sigue soportando "grandes dolores acompañados de calambres y dificultades para realizar muchos movimientos y cargar cualquier peso, lo que la imposibilita para realizar

---

\* Ponente: Sr. Díaz Martínez.

cualquier trabajo físico remunerado -que es el más acorde a su cualificación profesional- e incluso cualquier trabajo del hogar". En el escrito de reclamación inicial se solicitan 108.000 €, por los daños físicos y morales, cuantía que se eleva, en las alegaciones finales, a 297.070, 20 €.

### II<sup>1</sup>

### III

1. En el procedimiento administrativo, con carácter general, se han cumplido las previsiones de índole legal y reglamentaria que ordenan y regulan tales procedimientos.

No obstante, más adelante se efectuarán algunas consideraciones en relación con los términos en que se han practicado alguno de los trámites realizados.

2. La reclamación ha sido interpuesta por *persona legitimada* para ello, al ser la que sufrió el presunto daño [art. 31.1.a) LRJAP-PAC] por el que se reclama. Actúa por medio de representantes, con poder al efecto (art. 32 LRJAP-PAC).

3. La reclamación se presentó dentro del preceptivo plazo de un año que dispone el art. 4.2.2º párrafo del RPAPRP. En este punto, ha de consignarse que cuando de daños físicos y síquicos se trata, como es el caso, el inicio del cómputo coincide con el momento de la curación o la determinación del alcance de las secuelas (art. 4.2, 2º párrafo del RPAPRP). Como el alta hospitalaria se concedió en noviembre de 1998 y la reclamación tuvo entrada en el Registro General de la Secretaría del Servicio Canario de la Salud el 7 de octubre de 1999, la reclamación ha sido formulada en plazo.

4. La reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, de conformidad con lo que dispone el art. 6.2 RPAPRP. En las actuaciones consta la realización de los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP).

Particularmente, obran en el expediente el preceptivo informe del servicio cuyo funcionamiento, presuntamente, ha causado la lesión indemnizable, que es principalmente el de Neurocirugía (art. 10.1 RPAPRP). No han intervenido en el procedimiento el de Medicina Interna, que fue quien trató a la paciente de la

---

<sup>1</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

infección adquirida con ocasión de la intervención, ni los Servicios de Radiología, Reumatología o Medicina Nuclear que, asimismo, la atendieron.

El informe del Servicio no es materialmente el que exige la norma, sino que se limita a dar cuenta sucinta del relato histórico de la asistencia a la que fue sometida la paciente en el Servicio, sin efectuar consideración alguna sobre las circunstancias, incidencias y efectos de la o las intervenciones, ni cuestionar los términos en que la reclamante formuló su escrito inicial.

También consta la realización de los trámites probatorio (art. 9 RPAPRP), cuestionable en los términos que luego se verán, y de audiencia (art. 11 RPAPRP), en el que la parte se ratificó en sus posiciones.

5. El procedimiento concluye con la preceptiva Propuesta de Resolución - informada por los Servicios Jurídicos de conformidad con el art. 20.j) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Decreto 19/1992, de 17 de febrero- que estima parcialmente la reclamación presentada, al reconocer el derecho de la afectada a percibir por los diferentes conceptos la cantidad de 12.975 €. La reclamante no prestó su conformidad a dicha cantidad, pues en trámite de alegaciones se ratificó en la inicialmente reclamada.

## IV

Con carácter inicial se procede a realizar algunas consideraciones de índole formal.

1. La primera observación es que la enorme duración del procedimiento se debió a que en su día se instruyeron Diligencias Previas por presunto delito, declarándose finalmente la absolución del responsable mediante Sentencia de Apelación de la Audiencia Provincial, Sección Primera, de Las Palmas, de 26 de febrero de 2004, anulando así la condena impuesta por la Sentencia de instancia por una falta de lesiones, que había dictado el Juzgado de lo Penal nº 5, el 26 de noviembre de 2002.

Precisamente, esta instrucción penal fue la causa de que por Resolución de 9 de febrero de 2000 se hubiera acordado la suspensión del procedimiento de responsabilidad que se estaba tramitando, hasta tanto "recaiga resolución judicial firme en el orden jurisdiccional penal".

2. La segunda observación concierne a la forma en que se ha llevado a cabo la propuesta y práctica de las pruebas.

De conformidad con el art. 6.1 RPAPRP, la reclamante en su escrito inicial propuso la prueba de la que pretendía valerse en el curso del procedimiento, prueba que era sustancialmente testifical y que concernía a los facultativos y personal auxiliar que atendieron a la reclamante cuando era paciente. Posteriormente, con ocasión de la apertura del trámite probatorio, se insta a la reclamante la proposición de prueba, y en este caso la reclamante propone la documental con soporte en la historia clínica y ratificación de la pericial que obra en las actuaciones a su instancia, pero sin que se efectúe pronunciamiento alguno respecto de la testifical propuesta en el escrito inicial.

Es de tener en cuenta que con ocasión de la apertura del periodo probatorio, se indicó a la parte reclamante que propusiera la prueba que considerara pertinente, y dicha parte se limitó a la documental y ratificación pericial antes señaladas. Pero, es posible que la parte afectada considerara que esta nueva propuesta de prueba no sustituía a la que se había formulado en el escrito inicial, sino que era complementaria. Para la Administración, desde luego, la nueva propuesta sustituía a la que se había formulado inicialmente, pues se actuó en ese sentido.

El señalamiento inicial de los medios probatorios es un derecho de la parte que, además, contribuye a delimitar inicialmente los términos del debate, al conocer la Administración desde el primer momento las pruebas de las que va a valerse el interesado. La apertura del trámite, pues, debe tener por objeto las pruebas inicialmente señaladas, sin perjuicio de que se pueda proyectar la propuesta sobre otras nuevas, pero la apertura no debe perjudicar la propuesta inicial efectuada por el interesado con anterioridad. Por eso, técnicamente, la Administración con ocasión de la apertura del trámite lo que debe hacer es interesar de la parte la ratificación de las pruebas propuestas inicialmente y, en su caso, la extensión del trámite a otras nuevas. Lo que no permite ignorar la prueba que ha propuesto la parte.

Es de señalar que el día del primer alta hospitalaria, la reclamante indica que un auxiliar sanitario, que identifica, al comprobar que la herida estaba abierta y supurando solicitó la presencia del Dr. C., que "hizo caso omiso al aviso".

En la propuesta inicial de pruebas, la reclamante interesó la testifical de "los sanitarios que la atendieron", prueba que, por lo expresado, no se realizó.

Asimismo, entre las pruebas admitidas se encontraba la ratificación de la pericia de parte, obrante en las actuaciones, ratificación que no se ha producido.

## V

1. La existencia de un pronunciamiento penal firme limita, en cierto modo, los términos de la controversia.

2. Han de apreciarse las condiciones en las que la reclamante fue intervenida.

Tanto la Sentencia de instancia como la de apelación contienen pronunciamientos que abundan en la bondad de la actuación de los Servicios sanitarios. La primera, excluyendo de la esfera penal el hecho de que no hubiera "consentimiento informado específico de la paciente para la segunda intervención". La siguiente es que la intervención se llevó a cabo "dentro de la observancia de los oportunos protocolos". Pero se trata, no lo olvidemos, de pronunciamientos efectuados en el contexto de un proceso penal, que en este punto no prejuzga el buen o mal funcionamiento de los servicios sanitarios. De hecho, el juicio penal tuvo por objeto central la cuestión de la presunta alta prematura de la paciente.

En cualquier caso, la Propuesta de Resolución, como se dijo, estima parcialmente la reclamación interpuesta, al fijar la indemnización en 12.975 €, cifra que no acepta la reclamante quien evaluó los daños, en fase de audiencia, en 297.070, 20 €.

En concreto, la Propuesta de Resolución, en el Antecedente Quinto, en su apartado final, dice que "Para finalizar, en el caso que se analiza la falta de consentimiento específico, no ha impedido deducir que la asistencia sanitaria fue la correcta, conforme a la *lex artis*, no obstante el deber de obtención por el facultativo tal y como lo regula la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, procede estimar parcialmente la reclamación formulada entendiendo que a falta de criterios objetivos que permitan cuantificar el daño causado. Se considera ponderada la indemnización de 12.975 Euros". Se liga, por tanto, la responsabilidad con la falta de consentimiento informado de la afectada.

3. El reconocimiento parcial de responsabilidad implica un funcionamiento, en parte, defectuoso de la asistencia sanitaria prestada, lo cual es observable por varias razones:

A. En el informe del Servicio de Inspección de 24 de abril de 2007 se dice que la "lesión del llamado saco dural", la posible "nueva intervención quirúrgica", la "infección de la herida" y la posibilidad de "meningitis" son consecuencias que pueden darse. Estas consecuencias se deben considerar graves, lo que lleva a la

necesidad de que se hubiera tenido que prestar el consentimiento informado. No se está, por tanto, ante un supuesto en el que la omisión del consentimiento sería irrelevante; más bien estamos ante el caso contrario.

El paciente tiene derecho a “decidir libremente después de recibir la información adecuada” (art. 2.3 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), debiendo respetarse “las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente” (art. 2.6 id.). Es el paciente el que debe decidir con “su propia y libre voluntad” (art. 4.2 id.). En tal contexto de autonomía, el titular del derecho a la información es, en efecto, el “paciente”, pero “también serán informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita” (art. 5.1 id.); y, cuando el paciente “carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho” (art. 5.3 id.).

El consentimiento deberá ser escrito con ocasión de la “aplicación de procedimientos que suponen riesgos” o presentaran “inconvenientes de notoria repercusión negativa sobre la salud del paciente” (art. 8.2 id.). Asimismo, la Ley contempla la “renuncia del paciente a recibir información” (art. 9.1 id.) o proceder a la aplicación del tratamiento que fuere “sin necesidad de contar con su consentimiento”, como cuando haya “riesgo para la salud pública” (art. 9.2.a id.) o exista “riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él” [art. 9.2.b id.]. Finalmente, procede el consentimiento prestado “por representación” cuando el enfermo, por su estado físico o psíquico “no sea capaz de tomar decisiones”, cuando el paciente esté incapacitado legalmente, y cuando siendo menor “no sea capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención” [art. 9.3 id.], o cuando la demora en su prestación puedan causar “graves lesiones de carácter inmediato” (STS de 24 de mayo de 2005, RJ 1995/4262).

Por otra parte, no es lo mismo que la falta de información y/o consentimiento tenga “influencia causal en la producción del resultado [(...) o] que si el tratamiento (sea) necesario” o sin alternativas viables (SSTS de 28 de diciembre de 1998 y 19 de abril de 1999).

Ninguna de las circunstancias excluyentes señaladas tienen constatación expresa en el expediente, en el que obra simplemente el consentimiento informado de anestesia en impreso normalizado en el que ni siquiera se indica de qué operación se trataba, y un impreso de consentimiento que permitiría al Servicio hacer "lo que considere conveniente", que es inaceptable por su forma y fondo.

De lo anterior resulta que la omisión del consentimiento informado es determinante del daño ya que se excluye del proceso médico la voluntad de la paciente, lo que conduce a que la responsabilidad de los actos clínicos recaiga sobre los servicios que los ejecutaron.

Las molestias y secuelas son consecuencia directa de un acto clínico ejecutado en contravención de lo dispuesto en la Ley.

**B.** En conexión con lo expresado, y al margen de que la omisión del consentimiento debe ser evaluado por sí mismo, la Administración debe hacer frente a las consecuencias de su actuación. A este respecto:

**B.1.** No procede que la evaluación haya sido hecha de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultarán de aplicar el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Esta normativa de valoración es de posible aplicación analógica (art. 141.2 LRJAP-PAC), pero el art. 141.3 LRJAP-PAC señala que la "cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad". Por tanto, será aplicable la normativa vigente en el año 1998, cuando se produjo inicialmente el daño, para calcular la indemnización.

**B.2.** Tampoco procede la forma de aplicación de la tabla por parte de la Administración, lo que ha sido expresamente cuestionado por la reclamante. En el antedicho informe del Servicio de Inspección, la Administración considera que "una secuela debe ser valorada una sola vez, aunque su sintomatología se encuentre descrita en varios apartados de la tabla. No se valorarán las secuelas que estén incluidas y/o deriven de otra, aunque estén descritas de forma independiente". En consecuencia, se valoran las lesiones en 15 puntos y 12.975 € de indemnización.

De la lectura de la pericia obrante en las actuaciones -por cierto, sin ratificar- se desprende, sin embargo, que las secuelas a considerar son "rigideces lumbares con severa limitación de movilidad" y "lumbociatalgia bilateral". Los puntos resultantes son 40, superiores a los que la Administración considera.

En el Capítulo II, de la Tabla VI (Clasificación y Valoración de Secuelas) del Anexo de la disposición adicional octava (Modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor) de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros Privados, vigente en 1998, se describen y valoran de forma autónoma la "limitación de la movilidad lumbar" y las "algias postraumáticas", por lo que habrá que convenir que la posición de la reclamante en este punto es más sólida que la que sostiene la Administración.

**B.3.** El informe pericial en el que la reclamante basa su reclamación fija las lesiones el 28 de mayo de 2003. En el mismo se señala que presenta una limitación importante de la movilidad lumbar así como de la capacidad de esfuerzo en actividades tales como agacharse, cargar objetos de mediano peso, etc., secuelas establecidas en fase de cronicidad, siendo muy poco probable su mejoría espontánea y los tratamientos quirúrgicos posteriores de muy dudosa eficacia. Ello sugiere la existencia de secuelas permanentes que limitan parcialmente la ocupación o actividad habitual, lo que, como se verá, es un factor de corrección de la indemnización básica por lesiones.

Debe tenerse en cuenta que en el informe emitido después de recibir sesiones de rehabilitación (14 de octubre de 2005) consta que, a juicio de su redactor, se le dio el alta en este Servicio "porque no va a conseguir mejoras (...). La paciente, de hecho, sigue con dolor en apof(l.) espinosas lumbares, con contractura de la zona y con limitación de flexo extensión".

4. A la vista de lo anterior se estima que la Propuesta de Resolución no está ajustada a Derecho en la valoración de los daños causados a la reclamante.

En el informe médico pericial, que obra en el expediente, se consideran como secuelas crónicas la existencia de rigideces lumbares con severa limitación de movilidad, que valora en 20 puntos, y lumbociatalgia bilateral, que la valora también en 20 puntos. En su escrito de alegaciones de 25 de octubre de 2007, el representante de la afectada dice que "Por tanto se ha de establecer que mi mandante sufre las secuelas dichas por el Dr. P., que le impiden además la realización de casi cualquier tarea tanto laborales como de la vida cotidiana, y por ello, ha de indemnizarse conforme se solicitó en el trámite de audiencia".

Aplicando, con carácter orientativo, las tablas para valorar daños causados a las personas en accidentes de circulación, debe acudirse a la Resolución de 24 de febrero de 1998 de la Dirección General de Seguros, año en que se produjeron las lesiones (art. 141.3 LRJAP-PAC), aplicable conforme lo establecido en la disposición transitoria del Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos. Así, según la tabla III, los 40 puntos establecidos en el informe pericial, para personas de 21 a 40 años, se valora el punto en 199.151 pesetas, a lo que debe añadirse el factor de corrección de la tabla IV, correspondiente a secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de tareas fundamentales, factor cuantificado en 2.105.280 pesetas, salvo que se acredite una incapacidad permanente total o absoluta, cosa que no ha realizado la reclamante en el expediente. El total por los 40 puntos y el factor de corrección, asciende a 10.071.320 pesetas, es decir, 60.530 euros.

Por otra parte, compatible con lo anterior, según la tabla V, son las indemnizaciones por incapacidad temporal. Teniendo en cuenta que estuvo 36 días hospitalizada, desde la operación sin consentimiento informado, el 18 de noviembre de 1998, siendo la indemnización diaria 7.368 pesetas, le corresponden por este concepto 265.248 pesetas, a lo que debe sumarse el tiempo restante de baja, hasta un máximo de 18 meses, es decir, 511 días a 3.158 pesetas, lo que supone una cuantía de 1.613.738 pesetas. El total por este concepto, con un 10% de factor de corrección, asciende a 2.040.359 pesetas, es decir, 12.263 euros.

En consecuencia, salvo que se acredite una incapacidad total o absoluta, la indemnización, aplicando, con carácter orientador las anteriores tablas, se estima que debe ascender a 72.793 euros.

Esta cuantía, a su vez, ha de ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no está ajustada a Derecho, debiendo ser indemnizada la reclamante de conformidad con lo previsto en el Fundamento V.5.