



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 199/2022

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de mayo de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) y (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 146/2022 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen (solicitado mediante oficio del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias el día 11 de abril de 2022 -y con registro de entrada en este Consejo Consultivo de Canarias el día 12 de ese mismo mes y año) es una propuesta de acuerdo indemnizatorio adoptada en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial seguido ante el Servicio Canario de Salud.

2. La reclamante solicita una indemnización de 21.628,27 euros -folio 5-. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la propuesta de acuerdo indemnizatorio formulado, resultan de aplicación además de la citada LPACAP; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (LOSC); la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

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

Asimismo, se ha de indicar que la reclamante actúa por medio de representante, cuyo poder de actuación consta debidamente acreditado en el expediente (art. 5 LPACAP).

5. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

En este sentido, el órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) LOSC.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción, al haberse presentado dentro del plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1, párrafo primero, LPACAP. Circunstancia esta que no es puesta en entredicho por la Administración sanitaria en su propuesta de acuerdo indemnizatorio.

7. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme a los arts. 21.2 y 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en

su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a (...).

En este sentido, la pretensión resarcitoria planteada por la reclamante se fundamenta en los siguientes presupuestos fácticos -folios 1 y ss.-:

«PRIMERO.- Que (...) presentaba síntomas de protusión/hernias discales cervicales desde enero de 2013, motivo por el cual fue visitada en el servicio de neurocirugía del Hospital Universitario de Canarias de La Laguna de Santa Cruz de Tenerife el 16 de enero de 2013. Mi representada aporta una resonancia magnética del 2009 donde se aprecia una hernia discal C4-C5 pósteromedial. El Dr. (...), quien visita a la paciente, pide una nueva resonancia magnética que demuestra una protusión discal C4-C5 izquierda. La Dra. (...) realiza interconsulta con la unidad del dolor.

El 29 de octubre de 2014 acude la Sra. (...) con dolor en territorio C5 izquierda y se pone a la paciente en lista de espera para intervenirla de discectomía C4-C5.

El 4 de septiembre de 2017 es intervenida en la Clínica (...). No consta la realización de una radiografía para confirmar la situación del implante intersomático antes de darle el alta.

Después de la cirugía sigue las visitas en el Hospital Universitario de Canarias por la unidad del dolor por presentar cervicalgia, pero debido a la no mejoría y asociación con otros síntomas (limitación de la movilidad cervical, irradiación del dolor a los trapecios, etc.), el 16 de marzo de 2018 la Dra. (...) pide una radiografía cervical.

El 13 de julio de 2018 se constata en la radiografía una posición ectópica del implante intersomático y que la paciente ha empeorado con disfagia (molestia al deglutir con sensación de tropiezo). Se solicitan nuevas radiografías, esta vez dinámicas.

El 3 de agosto de 2018 se deja constancia de la disfagia que presenta la paciente.

El 20 de agosto de 2018 ingresa mi representada para ser intervenida quirúrgicamente, constatándose que un tornillo del implante se encontraba desplazado hacia delante provocando disfagia. Este desplazamiento originó en mi representada mucho tejido cicatricial en torno a este tornillo y a la carótida derecha. La paciente despierta de la cirugía con un Síndrome de Horner producto de la retracción de los tejidos blandos. Fue dada de alta

hospitalaria el 23 de agosto de 2018, tras la recuperación y siguió los controles en consulta externa de neurocirugía. Hasta el cierre del informe pericial elaborado por el Dr. (...), colegiado n.º (...) del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Barcelona, que se acompaña como DOCUMENTO UNO, continúa mi representada de baja con Síndrome de Horner post-quirúrgico en espera de una cirugía correctora de esta afección.

SEGUNDO.- Debido a todo lo anterior, a la señora (...) se le privó de una calidad de vida óptima después de la cirugía del 4 de septiembre de 2017 en la Clínica (...), al menos hasta el 5 de octubre de 2018 en que fue dada de alta por el servicio de neurocirugía del Hospital Universitario de Canarias.

(...)

TERCERO.- Que, como conclusión, de toda la cadena de imprudencias y desatención recibida podemos citar:

- La no supervisión debida a la paciente en fase post-operatoria, daños ocurridos como consecuencia de una deficiente operación quirúrgica. No existe evidencia de controles posteriores a la cirugía realizada en la Clínica (...) a la paciente, con una radiografía que demuestre la correcta colocación del implante antes de darle el alta hospitalaria.

- La no evidencia de la salida del implante / su tornillo del sitio provocó síntomas en la paciente que aumentaron su morbilidad con gran cantidad de tejido cicatricial asociada al tornillo y una cirugía con ingreso cuyos días de sanidad han sido desglosados en el apartado anterior.

- La Sra. (...) aquejaba síntomas de compresión del esófago y de la arteria carótida derecha desde pocos días después de la cirugía y que esta alteración, producto de la cirugía, no fue evidenciada hasta varios meses después, sin que los médicos diagnosticaran la causa, un tornillo en mala posición.

- El resultado ocurrido anormalmente desproporcionado con lo que sería habitual y usual en comparación a otras intervenciones similares.

- El deficiente consentimiento informado, es decir, la información previa a la intervención relativa a las posibles consecuencias de la misma no contenía ninguna advertencia de los trastornos y secuelas padecidas, ni de nada similar.

Por todas estas negligencias y otras objetivamente posibles según la narrativa de hechos es por lo que la Sra. (...) se ve obligada a someterse nuevamente a cirugía, con los trastornos y secuelas padecidos, por lo que procede el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, conforme determina la Ley».

2. A la vista de lo anteriormente expuesto, la reclamante plantea una pretensión indemnizatoria cuyo monto total asciende a la cantidad de 21.628,27 euros.

III

En el presente expediente administrativo constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. La reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone el día 4 de abril de 2019, interesándose la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la reclamante a raíz de la mala praxis observada durante la asistencia médica que le fue dispensada a cuenta del Servicio Canario de Salud -en un centro sanitario privado concertado por la Administración Pública-.

2. Con fecha 26 de abril de 2019 se requiere a la interesada a fin de que subsane la reclamación inicial. Requerimiento que es debidamente atendido por la reclamante el día 7 de mayo de 2019.

3. Mediante Resolución de 8 de mayo de 2019, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación presentada por (...), acordando la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando, por el órgano instructor, realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al expediente; entre ellos, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable.

Dicha resolución consta debidamente notificada a la reclamante y al centro sanitario privado concertado.

4. Con idéntica fecha -8 de mayo de 2019- se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SIP), referido a la asistencia sanitaria prestada a (...).

Dicho informe es evacuado el día 28 de agosto de 2019.

Asimismo, consta en el expediente remitido a este Organismo consultivo la evacuación de informe por parte del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario de Canarias, de fecha 28 de junio de 2019.

5. Con fecha 22 de mayo de 2019 el centro sanitario privado en el que se prestó la asistencia sanitaria a la reclamante formula escrito de alegaciones.

6. El día 23 de octubre de 2019 la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por la

interesada e incorporando -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Asimismo, y con idéntica fecha, se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a los interesados un plazo de diez días para que pudieran formular alegaciones y presentar los documentos que estimasen procedentes.

Ambos trámites constan debidamente notificados a la reclamante.

7. Con fecha 13 de noviembre de 2019 la reclamante formula escrito de alegaciones, manifestando cuanto tiene por conveniente en defensa de sus derechos.

8. Consta en el expediente la emisión, con fecha 25 de marzo de 2022, de informe complementario por parte del SIP.

9. Con fecha 31 de marzo de 2022 se acuerda dar traslado del informe complementario del SIP a la reclamante, a los efectos de que esta formulara las alegaciones que considerase oportunas.

10. Mediante escrito con registro de entrada en la Administración sanitaria el día 6 de abril de 2022, la reclamante muestra su conformidad « (...) con la indemnización señalada en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, es decir, 20.112,92 €».

11. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias (según se justifica en el Antecedente de Hecho quinto de la Propuesta, no así en el propio expediente administrativo), al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20.j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

12. Con fecha 8 de abril de 2022 la Secretaría General del Servicio Canario de Salud formula propuesta de « (...) terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a instancia de (...), mediante la suscripción de un acuerdo indemnizatorio por importe de (...) 20.112,92 €» (art. 86.5 LPACAP).

IV

1. La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo Consultivo plantea la terminación convencional del procedimiento administrativo (art. 86.5 LPACAP), declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración

sanitaria como consecuencia de la vulneración del derecho a la autodeterminación de la paciente (a raíz de las deficiencias advertidas en los documentos de consentimiento informado suscritos por (...) con carácter previo a las intervenciones quirúrgicas a las que se sometió) y cifrando la cuantía indemnizatoria en 20.112,92 euros.

2. Una vez descartada la negligencia médica en las intervenciones quirúrgicas a las que se sometió la paciente (circunstancia esta que consta debidamente acreditada en el informe complementario confeccionado por el SIP con fecha 25 de marzo de 2022 -cuyo contenido se comparte y da por reproducido-, y cuyos términos son objeto de conformidad por parte de la interesada -folio 2158-), resulta necesario centrar nuestro análisis jurídico en la cuestión relativa al consentimiento informado.

2.1. Como de forma constante ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la adecuación a la *lex artis* no exige únicamente que se pongan a disposición del paciente los medios precisos para tratar de curar la patología presentada y que estos sean desarrollados en las debidas condiciones, sino también que aquél reciba cumplida información acerca de las opciones clínicas disponibles y de los riesgos que las mismas engendran, ya que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

En este sentido, la Ley 41/2002 enuncia en su art. 2, entre sus principios básicos, la exigencia, con carácter general, del previo y preceptivo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada y que se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3 del mismo precepto), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarlo a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que lo atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento

concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1).

Por lo que se refiere al consentimiento informado, su art. 8.2 determina que el consentimiento será verbal por regla general, salvo en los supuestos que el propio precepto excepciona (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 cuanto a las condiciones de la información a los efectos de recabar el consentimiento por escrito, el art. 10 exige que el facultativo proporcione al paciente la información básica relativa a las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con sus circunstancias personales o profesionales, los que resulten probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones.

La jurisprudencia de manera constante ha venido sosteniendo que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye una infracción de la *lex artis* que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, como expresamente reconocen las SSTS de 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo, 4 de octubre de 2011, 30 de abril de 2013 y 26 de mayo de 2015, entre otras.

La interpretación que el Tribunal Supremo ha venido realizando con base en lo previsto en la Ley General de Sanidad en cuanto a la exigencia de detalles en la información que ha de darse al paciente comporta dos consecuencias fundamentales:

- La regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir 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 (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga

a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información.

- Esta regulación implica además que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación de funcionamiento anormal de la Administración. Por el contrario, su cumplimiento en debida forma supone que es el paciente quien asume las consecuencias derivadas de las actuaciones sanitarias, siempre y cuando estas hayan sido conformes a la *lex artis ad hoc*. El consentimiento informado constituye así uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los objetivos terapéuticos que perseguía. De esta forma, los pacientes, en cuanto asumen los beneficios que se derivan de una intervención quirúrgica, asumen igualmente los riesgos cuya concreción resulte posible a pesar de que el acto médico fuera correctamente practicado. El deber de soportar que no se alcance un éxito terapéutico completo resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que, de concretarse este, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

A todo ello ha de añadirse que una adecuada aplicación de la regulación del consentimiento informado exige no sólo que preste información sobre todos los riesgos genéricos que los tratamientos médicos generan, sino también los específicos, que han de atender a las especiales circunstancias de cada paciente, que pueden producir que tales riesgos se concreten en ellos con mayor facilidad. Estos extremos además han de ser acreditados por la Administración a los efectos de demostrar la adecuación del acto médico a la *lex artis* y su consiguiente exoneración de responsabilidad.

Finalmente, y como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo de Canarias (entre otros, en su Dictamen 534/2018, de 27 de noviembre), « (...) también se ha de atender a que, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la regulación legal sobre el consentimiento informado debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento no realizado por escrito (Véanse, por todas, las SSTs de 4 de abril de 2000, RJ 2000\ 3258; de 1 febrero de 2008, RJ 2008\1349; y de 24 septiembre de 2012, RJ 2012\9228).

En relación con la omisión del consentimiento informado por escrito la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha señalado:

« (...) según la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento del deber legal de solicitar y obtener el consentimiento informado no da por sí solo derecho a

indemnización. Véanse, entre otras, las recientes sentencias de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1349) y de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 6367). Ni que decir tiene que la conculcación del mencionado deber legal podrá dar lugar a sanciones disciplinarias; pero, si esa infracción va seguida de la curación del paciente, no hay daño en el sentido del art. 139 LRJ-PAC y, por consiguiente, no procede otorgar indemnización alguna. En otras palabras, el simple hecho de que una actuación médica sea ilegal no implica necesariamente que ocasione una lesión antijurídica. Ciertamente, podrá ser tachada de paternalista y, en ciertas circunstancias, ser castigada; pero, si no produce un mal al paciente, no hay daño en sentido técnico-jurídico.» (STS de 10 febrero 2009, RJ 2009\970).

En su Sentencia de 19 mayo de 2011 (RJ 2011\5778) reitera:

«Ya por último, la razón por la que debemos desestimar el segundo de los motivos de casación la encontramos en nuestra propia jurisprudencia, pues ésta ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la sentencia de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258)), a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3340), 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007 (RJ 2007, 884), 1 de febrero y 19 de junio de 2008 (RJ 2008, 6479), o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789) y 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6460)».

Resumiendo esta doctrina jurisprudencial en nuestros Dictámenes 59/2014, de 26 de febrero, y 397/2015, de 29 de octubre, dijimos:

« (...) la omisión del consentimiento informado documentado por escrito a una intervención quirúrgica no da por sí solo derecho a una indemnización. Para que surja éste es necesario que se haya causado un daño al paciente, bien debido a que se incurrió en negligencia profesional, bien porque, aun procediendo correctamente, se haya materializado un riesgo iatrogénico inherente a la intervención, de cuya eventualidad no había sido informado el paciente y por ende no lo había aceptado por medio de su consentimiento».

2.2. En el presente caso, si bien consta formalmente la suscripción de dos documentos de consentimiento informado -previos a las intervenciones quirúrgicas a las que se sometió la paciente-, estos carecen del contenido legalmente exigible, que los dota de título de juridicidad del riesgo inherente a la intervención, así como de la intervención misma. Por ello, desde esta perspectiva, la asistencia sanitaria dispensada a (...) puede considerarse que no es ajustada a la *lex artis ad hoc*.

En primer lugar, y en lo que se refiere a la primera de las intervenciones quirúrgicas practicadas («*Discectomía cervical anterior con artrodesis intersomática*» realizada el 4 de septiembre de 2017) se observa que el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente es un documento vacío de contenido, en el que, únicamente, se deja constancia de la denominación de la intervención a practicar, de la identificación de la paciente y el médico y la fecha -incompleta- de rúbrica del consentimiento.

Así, aunque se hace referencia a la regulación legal de la Ley 14/1986, General de Sanidad, resulta de aplicación la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de carácter básico, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, habida cuenta del momento en que se practicó la intervención quirúrgica. Por otro lado, tampoco se especifican los riesgos propios de la intervención; ni las alternativas posibles a la misma; y, mucho menos, las complicaciones o secuelas que pudieran surgir de la misma, ni los derivados de la situación de la paciente. De esta manera, y atendiendo a la sustantividad del formulario genérico y estereotipado suscrito por la paciente, se ha de concluir, en realidad, en la inexistencia de consentimiento informado.

En segundo lugar, y respecto al documento de prestación del consentimiento informado suscrito por la paciente con carácter previo a la intervención practicada en agosto del año 2018, (destinada a la retirada de material de artrodesis -tornillo desplazado-), se advierte de la omisión de uno de los posibles riesgos derivados de la precitada intervención quirúrgica («*Síndrome de Horner*»).

Pues bien, en ambos casos (documentos de consentimiento informado rubricados por la paciente con fecha 4 de septiembre de 2017 y 20 de agosto de 2018, con carácter previo a la práctica de la «*Discectomía cervical anterior con artrodesis intersomática*» y la retirada del material de artrodesis, respectivamente) se constata que, a pesar de estar en presencia de dos riesgos -«*posición ectópica del implante intersomático*» y síndrome de Horner- « (...) reconocidos ampliamente en este tipo de cirugías y contemplados en consentimientos informados», tal y como afirma expresamente el propio órgano instructor en la Propuesta -y reconoce el Servicio de Neurocirugía-, lo cierto es que no se informó convenientemente a la paciente sobre la posible producción de los mismos. De tal manera que la materialización de esos riesgos derivados de las intervenciones quirúrgicas practicadas, y sobre las que no se

ofreció a la perjudicada un conocimiento cabal y completo, determina la producción de un daño antijurídico y, por tanto, indemnizable.

En efecto, según se ha señalado anteriormente, la falta de esta información a la paciente, como de forma constante ha venido sosteniendo la Jurisprudencia y este Consejo (por todos, Dictámenes 303/2015, de 10 de septiembre, y 143/2017, de 2 de mayo), constituye una infracción de la *lex artis* que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan.

Así pues, los defectos del consentimiento informado descritos anteriormente, y materializados en los daños concretos que se han expuesto en las líneas precedentes, constituyen un incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, determinante de la existencia de un daño moral indemnizable. Como bien se indica en la propuesta de acuerdo indemnizatorio (con cita de la sentencia de 17 de marzo de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia -recurso n.º 15/2016-):

«1) El defecto del consentimiento informado es considerado por la jurisprudencia como incumplimiento de la "lex artis" en cuanto constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario.

2) No todo incumplimiento del consentimiento informado comporta responsabilidad pues se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo, de manera que la intervención satisfactoria y sin daño deviene inocua la falta de consentimiento.

3) Si existe secuela previsible, pese a ajustarse la intervención a la "lex artis", la falta de consentimiento informado comporta un daño moral, susceptible de resarcimiento. Se exceptúan de indemnización y reproche los casos de actuaciones médicas conformes con la "lex artis" en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o fuerza mayor, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso.

El consentimiento y la información expuesta previamente ha de ajustarse a estándares de razonabilidad y, por tanto, no cabe desde esa premisa exigir una información que abarque cualquiera hipótesis posible pero ostensiblemente improbable con arreglo a los protocolos y estado de la ciencia médica. Hemos dicho en multitud de ocasiones también, que la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. No cabe pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes pues el exceso produciría un efecto contrario a la finalidad de claridad y ponderación exigida por el instituto del consentimiento informado.

4) *A falta del documento relativo a su prestación, incumbe a la Administración por inversión en la carga de la prueba la acreditación sobre el cumplimiento de las formalidades que exige el consentimiento informado, que comprenden, entre otros aspectos, no sólo los riesgos inherentes a la intervención sino también los posibles tratamientos alternativos.*

5) *En caso de daño derivado de la falta o insuficiencia de consentimiento informado sobre riesgos típicos, descritos como habituales en la literatura médica común, ha de determinarse una indemnización con referencia al derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, debiendo ponderarse sólo el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenía».*

Por lo demás, y pese a lo afirmado por el órgano instructor en la Propuesta de Resolución (*«Al ser una patología padecida durante largo tiempo, que ya se le había propuesto a la cirugía cervical años antes de su realización, es lógico creer que la reclamante conocía los riesgos inherentes, que son importantes»*), se ha de indicar que la Administración no ha acreditado que la paciente hubiese sido informada de todos los riesgos propios derivados de las intervenciones quirúrgicas. Y tampoco se constata que a la paciente se le haya ofrecido información verbal sobre las consecuencias posibles de la intervención y de sus mayores riesgos derivados de sus propias circunstancias. Por lo que un consentimiento como el suscrito por la misma no da adecuado cumplimiento de las exigencias legales.

3. Una vez afirmada la falta de consentimiento informado (y su consideración como una mala praxis indemnizable, en tanto que daño moral), el art. 86 LPACAP permite los acuerdos de terminación convencional, que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial requiere fijar la cuantía y modo de indemnización con los criterios que para su cálculo establece el art. 34 LRJSP. Mediante la terminación convencional, a la par que la Administración reconoce su parte de responsabilidad en los hechos que motivan la reclamación, el interesado muestra su conformidad con la cantidad que aquélla le ofrece como indemnización.

En este sentido, nos remitimos a las conclusiones del informe del SIP, emitido el día 25 de marzo de 2022:

«1.- La cirugía efectuada en septiembre de 2017, artrodesis por vía anterior de hernia discal en C4-C5 es la que necesariamente había que realizar por la patología de la señora y a la que ésta accede.

Es prescrita y efectuada, según se observa en el historial y en informes médicos, según las técnicas actuales y no se demuestra en los mismo ni tampoco en la reclamación efectuada que la técnica y realización de dicha cirugía fuera inadecuada.

La realización de radiografías se realiza intraoperatoriamente antes, durante si es necesario y después de la cirugía, pero intraoperatoriamente. Eso es lo obligatorio en esta técnica operatoria, comprobándose antes del cierre quirúrgico que la cirugía es correcta.

No existe evidencia de que haya sido inadecuada a la lex artis.

2.- El tornillo desplazado fue la causa del tejido cicatricial y de la subsiguiente disfagia por afectación vía nerviosa. La disfagia (dificultad deglutoria) es frecuente en este tipo de intervenciones.

Tengamos en cuenta que la cirugía en que se coloca el tornillo ocurre en septiembre de 2017, y es en julio de 2018 cuando diagnostican desplazamiento de tornillo tras estar, en este tiempo, la paciente afectada de alteración en la deglución, tragaba en esta fecha con molestias (disfagia).

La clínica, según historial clínico de la sra reclamante no es observada ni la paciente la refiere tras la cirugía de septiembre de 2017. Se comprueba ello tanto en historial clínico de atención primaria como hospitalaria.

En anamnesis efectuada por médico de cabecera en noviembre de 2017 se expone: "Mejoría progresiva. No dolor. Aporta informe de Neurocirugía del 10.11.17: puede ir reduciendo su medicación analgésica en función de dolor. Seguir controles con U. Dolor. Empezar conducción y reincorporación a su vida normal".

Sigue sin quejarse de disfagia o similar en los meses siguientes.

En marzo de 2018 visita a Neurocirugía no consta clínica de disfagia, sino dolor cervical.

No es hasta julio de 2018 cuando se refiere en historial médico hospitalario existencia de dicha disfagia y se observa radiográficamente el desplazamiento.

Esta clínica de disfagia, por tanto, no fue tras la cirugía cuando aparece, acontece tiempo después, por lo cual el tornillo sufre aflojamiento posterior, estando bien colocado por lo tanto al terminar la cirugía.

El dolor cervical posterior a la cirugía no es algo especial.

La cirugía de una hernia discal se realiza cuando la clínica no se puede controlar con medicación y rehabilitación, y la progresiva afectación neurológica, irradiación hacia brazos, piernas, etc. (...) que no siempre se consigue.

Tras la segunda operación se extrae el tornillo y las vértebras (la artrodesis) siguen fijadas sin problemas.

Nunca se desplazó o alteró la fijación de las dos vértebras intervenidas.

Tras análisis no hallamos existencia de la supuesta negligencia médica en la cirugía, antes, durante o después, al menos no se prueba ni comprueba tal como aduce la Sra reclamante.

3. Previo a la cirugía en 2017 la Sra reclamante firma D.C.I., en el cual consta haberse explicado la cirugía y los problemas subsiguientes.

Se añade que en el apartado del mismo: Ha quedado totalmente aclarado lo siguiente: punto 2: "Que se me han detallado los riesgos y posibles complicaciones inherentes a las explicaciones diagnósticas, procedimiento operatorio y posoperatorio en un lenguaje claro".

Al ser una patología padecida durante largo tiempo, que ya se le había propuesto a la cirugía cervical años antes de su realización, es lógico creer que la Sra. reclamante conocía los riesgos inherentes, que son importantes.

Los problemas surgidos (desplazamiento de tornillos, afectación vía simpática (...) tras la cirugía en septiembre de 2014 de hernia discal cervical por artrodesis cervical anterior son reconocidos ampliamente en este tipo de cirugías y contemplados en consentimientos informados.

Pero, se observa y objetiva, que en el documento firmado por la paciente existe fallo en no detallar las posibles complicaciones o problemas que pudieran surgir. Es incompleto. En este punto damos la razón al reclamante.

4. Tras las conclusiones previas entendemos que la paciente sufre un daño no secundario a la praxis quirúrgica, por tanto no relacionado con el funcionamiento del servicio sanitario, pero, aunque posible, no fue informado debidamente en el correspondiente DCI.

Aceptamos la cuantificación realizada, con excepción del apartado de secuelas donde se incluye la artrosis.

La artrosis es una enfermedad degenerativa, artropatía degenerativa crónica, no se elimina con una cirugía de hernia discal cervical, en todo caso, sigue evolucionando por sí sola a lo largo del tiempo según individuo, genética, ejercicios, trabajo etc. no puede ser achacada a la cirugía, puede mejorar pero no eliminar y la evolución de la misma sigue su curso.

Tras eliminar el apartado secuelas por artrosis, el cómputo final a pagar a la Sra. reclamante es de 20.112,92 Euros».

Por su parte la interesada ha prestado su conformidad a la propuesta de terminación convencional y a la cuantía de la indemnización.

Constan en el expediente, por tanto, la documentación y razonamientos adecuados que permiten considerar que no se trata de un simple reconocimiento pactado de la responsabilidad con el fin de eludir la continuación del procedimiento, sino que los interesados obtengan la reparación del daño sufrido mediante una justa indemnización, por lo que la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio se considera conforme a derecho.

Sin perjuicio de que la cuantía indemnizatoria, conforme a lo previsto en el art. 34.3 LRJSP, se deberá de actualizar a la fecha en que se ponga fin al procedimiento con arreglo al índice de garantía de la competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de acuerdo indemnizatorio que se somete a la consideración jurídica de este Consejo Consultivo de Canarias se considera conforme a derecho.