

Dictamen Núm. 33/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 16 de febrero de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. Formuló voto particular, que se adjunta como anexo, la Consejera-Presidenta doña Begoña Sesma Sánchez:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 2 de noviembre de 2022 -registrada de entrada el día 7 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que considera debidos a la asistencia sanitaria que le fue prestada en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 7 de julio de 2022, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad

patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria recibida en un hospital público.

Tras indicar que padece “desde 2013 demencia tipo enfermedad de Alzheimer”, refiere que en “noviembre de 2021 (...) fue derivada por su centro de salud (...) al Servicio de Dermatología del Hospital “X” para valoración de tumoración en pierna derecha”, y que desde este centro se la remite al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y”, donde se decide su inclusión en lista de espera quirúrgica.

Señala que el 23 de febrero de 2022 se le practica una “exéresis de la lesión y cobertura con IPP Linitul + betadine gel, vendaje elástico”, tras lo cual se le da de alta ese mismo día.

Manifiesta que tras el alta hospitalaria, y cuando acompañada por sus hijas se disponía a subir a un taxi, estas se percatan de que el vendaje de su madre “se encuentra en la pierna izquierda y no en la derecha, como sería lo esperado”.

Reseña que con el fin de aclarar la situación creada el 14 de marzo de 2022 presentó una queja ante el Servicio de Atención al Usuario de la Gerencia del Área Sanitaria IV. En respuesta a la misma, el 1 de abril de 2022 el Director de Atención Sanitaria y Salud Pública del Área Sanitaria IV le comunica que “efectivamente en el informe de alta se indica la pierna derecha, produciéndose un error en la redacción de dicho informe, por lo que les solicita las correspondientes disculpas por los trastornos ocasionados y no haberles informado en su momento del cambio de localización”.

Pone de relieve que “este cambio sobre la intervención consentida y programada ha generado la consiguiente perturbación, ansiedad y zozobra en quien suscribe, debiendo acometer las curas y cuidados necesarios sobre la pierna izquierda con la consiguiente merma en la movilidad, sabiendo que debe someterse (o al menos así se entendía en un primer momento) a otra intervención sobre la pierna derecha”.

En estas condiciones, considera que “la intervención realizada sin información alguna ni antes, ni durante ni después de efectuar la misma no se ajusta a parámetros que puedan ser considerados ‘normales’ o que (...) tenga el deber jurídico de soportar./ En el presente caso, no ha existido un consentimiento debidamente informado, lo que ha generado un daño moral (...) indemnizable” que “se entiende prudencial y diligente cuantificarlo en la suma de ocho mil euros (8.000 €)”.

Adjunta copia, entre otros documentos, del escrito del Director de Atención Sanitaria y Salud Pública del Área Sanitaria IV en el que se reconoce que, si bien la intervención programada para el día 23 de febrero de 2022 obedecía a “una tumoración exofítica, hiperqueratósica en cara posterior de pierna derecha sugestiva de epiteloma espinocelular”, lo que efectivamente se realizó ese día fue “un bloqueo nervioso de pierna izquierda ya que en ese momento la lesión más aparente es en esa extremidad, figurando como tumoración ulcerada de 2 x 2 cm en tercio medio, cara interna de pierna izquierda, compatible con carcinoma pulmonar”, realizándose “exéresis y cobertura con injerto cutáneo”. Puesto que en “el informe de alta se indica la pierna derecha”, se ha producido “un error en la redacción de dicho informe, por lo que les solicita las correspondientes disculpas por los trastornos ocasionados y no haberles informado en su momento del cambio de localización”.

2. Mediante oficio de 2 de agosto de 2022, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo de resolución del mismo y el sentido del silencio administrativo.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante, el 5 de septiembre de 2022 el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia de la historia clínica de la perjudicada y el informe elaborado por un Facultativo del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y”.

En este último consta que se trata de una paciente que acude “al Servicio de Cirugía Plástica por primera vez el 4 de noviembre de 2019 por tumoración frontal ulcerada de 2 cm de diámetro, compatible con epiteloma basocelular. Es intervenida quirúrgicamente el 2 de enero de 2020 realizándose exéresis y cobertura del defecto resultante./ Acude nuevamente el 23 de diciembre de 2021 por presentar desde hace meses una lesión supurativa en la pierna derecha. Previamente” su médico de Atención Primaria la había enviado al dermatólogo del Hospital “X”, que una vez valorada el 9 de diciembre decide derivarla al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y” “ante la sospecha de malignidad. Según consta en la historia de su Área de Referencia (Área VII), la paciente presentaba un proceso supurativo por lo que podría tratarse de un problema inflamatorio-infeccioso y no tumoral. No se le realizó una biopsia incisional para confirmar el diagnóstico (...). En su visita en consultas externas el día 23 de diciembre de 2021 se aprecia una tumoración, exofítica, hiperqueratósica en cara posterior de pierna derecha sugestiva de epiteloma espinocelular. Por tal motivo es incluida en lista de espera quirúrgica con prioridad 0-30 días. Dadas las características de la paciente se programa con carácter ambulatorio, siendo intervenida quirúrgicamente dos meses más tarde (23 de febrero de 2022)./ Una vez ingresada en la Unidad de Cirugía Mayor Ambulatoria y Hospital de Día para su intervención quirúrgica (se) realiza la siguiente secuencia de acontecimientos, según consta en la historia clínica:/ Valoración por el personal de enfermería a su llegada a la Unidad y salida hacia quirófano:/ `Acude para exéresis de tumor cutáneo`./ `Dificultad para comunicarse: no`./ `Marcaje de campo quirúrgico: no procede`./ Tal y como figura en la documentación no se registra a la entrada localización, por lo que

no se realiza marcaje. A pesar del deterioro cognitivo de la paciente consta que no presenta dificultad de comunicación./ Valoración de enfermera a su llegada a quirófano:/ `Consciente, orientada: sí`./ `Zona a intervenir: extremidades`./ `Tipo de anestesia: bloqueo miembro inferior izquierdo`. Se sigue manteniendo que está consciente y orientada a pesar de su demencia, zona a intervenir `extremidades`, tipo de anestesia bloqueo nervioso de pierna izquierda. En ese momento la lesión más aparente es en la extremidad izquierda, habiendo curado y desaparecido la lesión de la pierna derecha./ Curso clínico-hospitalización de anestesia:/ exéresis de lesión en MII y cobertura con IPP (injerto de piel parcial). `Bajo control ecográfico se realiza bloqueo del nervio safeno izquierdo con mepivacina al 2 %, sin incidencias` (...). Intervención quirúrgica: tumoración ulcerada de 2 x 2 cm en tercio medio, cara interna de pierna izquierda, compatible con carcinoma espinocelular. Se realiza exéresis y cobertura con injerto cutáneo./ Como puede comprobarse, a partir del bloqueo anestésico del nervio safeno izquierdo la intervención se realiza en dicha extremidad, dado que además en ese momento es la lesión más aparente pues la original había desaparecido. A pesar de todo se sigue manteniendo en la documentación que la pierna intervenida es la derecha, como puede comprobarse (...). Informe final (lista de verificación quirúrgica):/ Sitio quirúrgico confirmado: sí./ Cirujano, anestesista y enfermero confirman el sitio quirúrgico (verbalmente): sí./ Procedimiento: exéresis de tumor cutáneo. Injerto (dcha.)./ Curso clínico tras la intervención: exéresis de carcinoma espinocelular pierna izquierda, injerto piel parcial ipsilateral./ Valoración enfermera posintervención. Nada que reseñar. La familia no manifiesta nada en el posoperatorio a pesar de llevar vendada la pierna izquierda./ Curso clínico posoperatorio: CAM: exéresis de CEC pierna I IPP ipsilateral./ Informe de alta: `epitelioma pierna derecha`. `Paciente que ingresa para cirugía programada: exéresis de lesión cutánea pierna derecha de años de evolución`. Diagnóstico anatomopatológico: `biopsia escisional cutánea de «pierna izquierda»: enfermedad de Bowen. Exéresis completa`./ La paciente evolucionó

satisfactoriamente, cicatrizando tanto la zona donante como la receptora de su pierna izquierda./ La lesión de su pierna derecha remitió y en la última revisión efectuada estaba totalmente curada, no precisando ningún tipo de actuación quirúrgica y no presentando ningún tipo de molestia a dicho nivel, procediendo únicamente a aplicar crema hidratante y decidiendo vigilar su evolución”.

4. Mediante escrito notificado a la reclamante el 28 de septiembre de 2022, el Instructor del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta la documentación incorporada al expediente hasta ese momento.

El día 13 de octubre de 2022, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reafirma en todos los términos de su reclamación, al considerar que “existe una infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria proporcionada, tal como se constata de los documentos acompañados, y es que (...) tras ser valorada por los facultativos de tres centros (centro de salud, Hospital ‘X’ y Hospital ‘Y’) emitiendo un diagnóstico claro y conciso y programando una intervención sobre la lesión cutánea localizada en la pierna derecha, sin mediar ningún tipo de información se decide por los facultativos que intervienen (...) modificar esta decisión e intervenir una lesión localizada en la pierna izquierda, realizándole una exéresis y cobertura con injerto cutáneo. Por todo ello, es patente que existe en el presente caso una vulneración del derecho a un consentimiento informado”.

5. El día 19 de octubre de 2022, el Instructor del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que “de la documentación incorporada al expediente no (se) desprende la existencia de ningún perjuicio que se le haya ocasionado a la interesada. Si bien en la ‘propuesta de canalización’ realizada por el Servicio de Dermatología” del Hospital “X” al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y” “se habla de

`tumoración de 2 cm en la parte posterior de pierna derecha sugestiva de carcinoma escamoso', cuando la paciente es vista" en este último centro "el 23-12-2021 la lesión impresiona como `proceso supurativo, por lo que podría tratarse (...) de problema inflamatorio-infeccioso y no tumoral', lo que explicaría que cuando (...) va a intervenir el 23-02-2022 la lesión hubiera desaparecido, pero sí presentaba una lesión en pierna izquierda `tumoración exofítica, hiperqueratósica en cara posterior de pierna derecha sugestiva de epiteloma espinocelular') que fue extirpada y (...) diagnosticada anatomopatológicamente como enfermedad de Bowen, lo que justifica plenamente la intervención, ya que la enfermedad de Bowen es una forma de carcinoma espinocelular *in situ* que afecta a todo el grosor de la epidermis e invade las unidades pilosebáceas. Aunque suele permanecer *in situ* durante largos periodos de tiempo, del 3 % al 5 % de los pacientes no tratados pueden desarrollar un carcinoma invasivo. La paciente firmó el documento de consentimiento informado para `cirugía de tumores cutáneos' que fue lo que se realizó. Por otra parte, consta que durante la intervención (...) estaba consciente, ya que no precisó anestesia general, no presentaba dificultad para comunicarse y no manifestó ningún reparo hacia la intervención realizada".

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de noviembre de 2022, 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. 2022/68 de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), 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.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 7 de julio de 2022, y trae causa de una intervención realizada el día 23 de febrero de ese mismo año, por lo que es claro que ha sido formulada dentro de plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de emisión del presente dictamen se ha rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo 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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la reclamante solicita de la Administración sanitaria del Principado de Asturias una indemnización de 8.000 € por los daños -expresamente calificados por ella misma como morales- derivados de la cirugía; en concreto, una “exéresis y cobertura con injerto cutáneo” realizada en su pierna izquierda el día 23 de febrero de 2022 en el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y”. Teniendo en cuenta que la citada operación, programada desde el día 21 de diciembre de 2021 y para la que había firmado ese mismo día el preceptivo consentimiento informado, estaba prevista en

principio para una tumoración localizada entonces en su pierna derecha, considera la reclamante que el hecho de que finalmente la pierna intervenida fuera la izquierda y no la derecha supone una infracción de la *lex artis ad hoc* en forma de déficit informativo en el consentimiento informado previo por ella suscrito.

Centrado el debate que la presente reclamación suscita en torno a la posible existencia del denunciado déficit informativo en el preceptivo consentimiento informado prestado por la perjudicada, y al que la misma asocia los daños de naturaleza moral que manifiesta haber sufrido y cuya indemnización postula, resulta oportuno comenzar nuestro análisis recordando que, al hilo de reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria similares a la presente y en relación con el consentimiento informado previo como derecho que asiste a los pacientes, en el Dictamen Núm. 240/2022 hemos indicado que, “tal como viene razonando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 167/2015), es preciso acercarnos a la dimensión constitucional del derecho infringido, en la medida en que toda actuación médica supone una posible afección a la integridad personal protegida por el artículo 15 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo -ECLI:ES:TC:2011:37-, que “se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas”. Y añade que para que “esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto, pueda ejercerse con plena libertad es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos”. Llevado al plano de la legalidad ordinaria el consentimiento

informado, 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, preceptúa en su artículo 8 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’. A los efectos que aquí interesan, entre las exigencias del artículo 4 de esta Ley 41/2002, de 14 de noviembre, figura la relativa a los ‘riesgos y (...) consecuencias’ de cada intervención, para lo cual, y según se recoge en el artículo 10 del mismo texto legal, el ‘facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: (...) b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención’. Como corolario de esta regulación, debemos reseñar la construcción jurisprudencial conforme a la cual la eventual ausencia del consentimiento informado del paciente en el curso o con ocasión de una concreta asistencia sanitaria lleva aparejada la obligación de resarcir el resultado dañoso con independencia de cualquier otra valoración en relación con la adecuación a la *lex artis* del acto médico enjuiciado. En este sentido, y como ya ha tenido ocasión de señalar en ocasiones precedentes este Consejo (entre otros, Dictamen Núm. 287/2013), ‘el Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que la omisión del consentimiento previo informado supone, en sí misma, una «mala praxis *ad hoc*», y, en estos casos, la responsabilidad «se produce con absoluta independencia de la existencia o no de mala praxis en el acto médico (...), puesto que basta la existencia del daño derivado del mismo cuando falta el consentimiento informado»’ (Sentencia de 14 de diciembre de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:8258-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, con cita de las Sentencias de la misma Sala y Sección de 26 de marzo de 2002 -ECLI:ES:TS:2002:2229- y 9 de marzo de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:1445-)

Aplicando lo anterior a la presente reclamación debemos tener presente, en primer lugar, que la técnica quirúrgica realizada a la interesada el 23 de febrero de 2022 -"cirugía de tumores cutáneos"- ya era conocida por ella, como lo acredita el dato de que se hubiese utilizado, también por parte del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital "Y", poco más de dos años antes -en concreto, el 2 de enero de 2020- para el abordaje de una "tumoración frontal ulcerada (...) de unos 2 cm de diámetro", y para la cual había prestado el preceptivo consentimiento informado previo el día 4 de noviembre de 2019.

Con este antecedente la reclamante acudió, por derivación primero de su centro de salud y después del Hospital "X" por presentar una nueva tumoración localizada en este caso en su pierna derecha, al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital "Y" el 23 de diciembre de 2021, quedando incluida ese mismo día en lista de espera quirúrgica y suscribiendo un consentimiento informado idéntico al que ya había firmado el 4 de noviembre de 2019. En consecuencia, resulta meridianamente claro que cuando ingresó el día 23 de febrero de 2022 en el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital "Y" para que le fuera practicada la intervención pautada para el abordaje de la tumoración que presentaba el 23 de diciembre de 2021 en su pierna derecha disponía de toda la información médica necesaria con relación a los riesgos, consecuencias y opciones alternativas de la citada cirugía, y ello con independencia de que la patología en presencia -una tumoración- se presentara en su pierna izquierda o derecha, por lo que en modo alguno puede darse por acreditado el déficit informativo que ahora denuncia para prestar su consentimiento a tal efecto, y sobre cuya hipotética ausencia por el solo hecho de que la dolencia se localizase en su pierna izquierda y no en la derecha hace descansar su reclamación.

Así las cosas, con una paciente suficientemente informada desde el punto de vista médico, llegado el día de la operación -23 de febrero de 2022- los facultativos intervinientes se encontraron con que, a pesar de que la tumoración de la pierna derecha había desaparecido la enferma presentaba en ese momento una "tumoración ulcerada de aprox. 2 x 2 cm en tercio medio,

cara interna de pierna I, compatible con carcinoma espinocelular” cuyo tratamiento -“cirugía de tumores cutáneos”- era el mismo que el prescrito para la lesión tumoral que mostraba dos meses antes en su pierna derecha, y para cuyo abordaje por esta misma vía había prestado el preceptivo consentimiento informado previo, procediendo los facultativos actuantes a la extirpación de esta nueva tumoración en su pierna izquierda y a su cobertura mediante injerto. El posterior análisis anatomopatológico de la muestra extraída permitiría diagnosticar una enfermedad de Bowen; patología que, según se recoge en la propuesta de resolución, en el supuesto de no ser tratada alcanza una ratio del 3 al 5 por ciento de posibilidades de “desarrollar un carcinoma invasivo”.

En definitiva, a la vista de como se desarrollaron los hechos, las evidentes confusiones habidas en los diferentes informes clínicos incorporados al expediente en orden a la localización de la patología en presencia, en la pierna derecha o izquierda de la paciente, susceptibles en todo caso de ser abordadas a través de idéntico tratamiento quirúrgico -“cirugía de tumores cutáneos”, tal y como se hizo- y para el que aquella había prestado el preceptivo consentimiento informado previo no permiten dar por acreditado el déficit informativo sobre el que hace descansar su reclamación, por lo que esta no debe prosperar.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por #reclamante#.”

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

Gijón, a 28 de febrero de 2023

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
LA PRESIDENTA,

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
<http://www.ccasturias.es>

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.-

ANEXO

"VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA-PRESIDENTA, DOÑA BEGOÑA SESMA SÁNCHEZ, EN RELACIÓN CON LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL FORMULADA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN UN HOSPITAL PÚBLICO.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, formulo voto particular al Dictamen Núm. 33/2023, relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a la interesada en un hospital público, en el que fue intervenida de una tumoración cutánea que había sido diagnosticada en la pierna contraria.

1. Disiento del dictamen emitido, favorable a la desestimación de la reclamación, que a mi juicio debió estimarse. Teniendo en cuenta que la reclamante acciona exclusivamente por el daño moral derivado de la ausencia de consentimiento informado para ser operada de la pierna izquierda, habiendo sido diagnosticada y programada la cirugía por una "tumoración en la pierna derecha de larga evolución", entiendo que existe una manifiesta infracción de la *lex artis* en tanto que no fue informada -y por ello no consintió- del cambio de localización de la intervención ni de las razones por las cuales se decidió en el mismo momento de practicarse esta operar la pierna izquierda y no la derecha. Tampoco recibió explicaciones en un momento posterior ni en el alta

hospitalaria. Solamente cuando los familiares advierten con sorpresa el error, interesan aclaraciones y formulan su queja los servicios sanitarios aducen una justificación insuficiente, a mi juicio, cual es considerar que en el mismo momento de la operación “la lesión más aparente es en la extremidad izquierda, habiendo curado y desaparecido la lesión de la pierna derecha”. No comparto que esta tardía explicación sea suficiente para eximir la infracción relativa al incumplimiento del deber de informar a la paciente de la intervención médica y riesgos de la misma y de la facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Con independencia de la progresión de su enfermedad y del resultado de la cirugía practicada, considero que ha existido una clara infracción 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, cuyo artículo 4 prescribe que “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”, y que “La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”. Proporcionada esa información adecuada, añade el artículo 8 de la misma norma 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”.

2. El expediente remitido documenta los siguientes antecedentes:

- La reclamante, una mujer de 88 años, diagnosticada desde 2013 de “Alzheimer”, en el mes de noviembre de 2021 es derivada por su centro de salud al Servicio de Dermatología del Hospital “X” para “valoración de tumoración en pierna derecha”.
- Desde el citado Servicio se la remite al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y” para valoración, siendo atendida el 23 de diciembre de 2021 en este Servicio y documentándose en el informe del facultativo que la examina el diagnóstico de “tumoración de pierna derecha (...) de años de evolución (...). Se incluye en lista de espera con prioridad 0-30”.
- El día 23 de febrero de 2022 tiene lugar el ingreso de la paciente en el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y” para la práctica de la cirugía programada, constando en el informe de ingreso “PO de I. Qx. programada: exéresis de lesión en MII y cobertura con IPP”.
- Tras la intervención, en el informe de alta que se facilita a los familiares de la reclamante se documenta, confusamente, “exéresis de CEC pierna I IPP ipsilateral (...). Diagnóstico principal: epiteloma pierna D.”.
- En el momento de abandonar el centro hospitalario, aquellos advierten que el vendaje de su familiar se encuentra en la pierna izquierda y no en la derecha, interesando explicaciones en el Servicio de Atención al Paciente y formulando una queja el día 14 de marzo de 2022.
- En la contestación recibida del Servicio de Atención al Paciente se reconoce que “efectivamente en el informe de alta se indica la pierna derecha, produciéndose un error en la redacción de dicho informe, por lo que les solicita las correspondientes disculpas por los trastornos ocasionados y no haberles informado en su momento del cambio de localización”.
- En el informe emitido por la facultativa que realizó la intervención, recogido en el escrito de alegaciones de la reclamante, se señala que “he

procedido a manifestar a la familia las correspondientes disculpas por los trastornos ocasionados tanto física como emocionalmente y no haberles informado en su momento del cambio de localización. Igualmente les he manifestado que asumo mi parte de responsabilidad en el proceso, sin olvidar que se ha procedido a extirpar un tumor cutáneo maligno tal y como ha confirmado la anatomía patológica”.

- Consta en el expediente un informe de la “biopsia escisional cutánea de `pierna izquierda`” realizada a la muestra extirpada donde figura como diagnóstico “enfermedad de Bowen. Exéresis completa”.

3. Comparto las consideraciones que se efectúan en el dictamen sobre la interpretación jurisprudencial y la doctrina de este Consejo acerca del alcance del consentimiento informado. Sin embargo, discrepo de su aplicación al caso planteado y aprecio una evidente contradicción entre aquella y la conclusión desestimatoria que se alcanza en el asunto ahora examinado. La jurisprudencia constitucional sobre el consentimiento informado considera (por todas, Sentencia 37/2011, de 28 de marzo -ECLI:ES:TC:2011:37-) este derecho como “una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades”, añadiendo que para que “esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afecten al sujeto, pueda ejercerse con plena libertad es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos”. No puede obviarse, además, la trascendencia de esta facultad ni su rango como derecho fundamental y humano, tal y como ha proclamado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su

Sentencia de 8 de marzo de 2022, al declarar que “el Tribunal ya ha puesto de relieve no solo la importancia del consentimiento de los pacientes, destacando en particular en la Sentencia *Pretty c. Reino Unido* (...) que “la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente (...) supondría una violación de la integridad física de la persona afectada que podría poner en tela de juicio los derechos protegidos por el artículo 8.1 ‘’ del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el caso examinado no ha existido esa información médica adecuada y previa, ni escrita ni oral, para aceptar una intervención quirúrgica en una pierna distinta a la que, conforme al examen y diagnóstico de los facultativos de tres centros sanitarios (centro de salud de la interesada, Hospital ‘X’ y Hospital ‘Y’), debía ser operada por “tumoración (...) de larga evolución”, habiéndose incluido en lista de espera quirúrgica “con prioridad 0-30”. Esa información, presupuesto del consentimiento que debía conferir la paciente, no fue proporcionada ni antes, ni en el momento de la cirugía, ni tampoco con posterioridad a la misma. Solamente a partir de la sorpresa del entorno familiar y de la queja que dirigen al Servicio de Atención al Paciente la reclamante recibe una explicación (y disculpas) por no haber sido informada del cambio de localización de la intervención.

4. El derecho al consentimiento informado, inferido del derecho fundamental a la integridad física, viene establecido en 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, que entre otros preceptos dispone, en su artículo 8, 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”; remisión que implica el conocimiento de los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, así como los riesgos probables en condiciones normales o conforme a la

experiencia y al estado de la ciencia, o directamente relacionados con el tipo de intervención y las consecuencias de la misma. Y la infracción de este mandato constituye, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, “en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, 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. Causa, pues, un daño moral cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente” (entre otras, Sentencia de 30 de septiembre de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:6394-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a). La naturaleza autónoma de esta infracción ha sido, por lo demás, reiteradamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quien recientemente ha vuelto a proclamar (Sentencia de 4 de febrero de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:550-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a) que, “en cuanto a la determinación de la indemnización, conviene señalar que tal infracción de la *lex artis* tiene autonomía propia, en cuanto incide sobre el derecho del paciente a decidir, libremente y con la información adecuada, sobre su sometimiento a la actuación sanitaria, privándole de la oportunidad de optar por el sometimiento o no a la intervención y, en su caso, aquella modalidad que entienda asumible, lo que puede traducirse en una lesión de carácter moral, al margen y con independencia del daño que pueda resultar de la infracción de la *lex artis* en la realización del acto médico. En este sentido, la Sentencia de 2 de enero de 2012 (...) se refiere a la jurisprudencia ya consolidada `relativa a la naturaleza autónoma y, por tanto, relevante por sí misma, de la infracción del derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento´”.

Aplicado lo anterior al caso examinado, no comparto el hecho de que el consentimiento prestado por la paciente el 4 de noviembre de 2019 para la

“cirugía de tumores cutáneos” que se practicó el 2 de enero de 2020 con el fin de abordar una “tumoración frontal ulcerada (...) de 2 cm de diámetro” signifique, como se indica en el dictamen, que “disponía de toda la información médica necesaria con relación a los riesgos, consecuencias y opciones alternativas de la citada cirugía, y ello con independencia de que la patología en presencia -una tumoración- se presentara en su pierna izquierda o derecha”.

A mi juicio, tal conclusión constituye una relajada interpretación del derecho a recibir una información asistencial adecuada y a decidir autónomamente a partir de ella, al minusvalorar un elemento esencial de toda intervención quirúrgica como es la localización del área, miembro o zona del cuerpo a intervenir. La irrelevancia que se confiere al hecho de que la tumoración se hubiera localizado en la pierna izquierda o derecha a los efectos de haber consentido una “cirugía de tumores cutáneos” contradice abiertamente, además, el previo diagnóstico del miembro a intervenir conforme al criterio de los especialistas que examinaron a la paciente y emitieron su criterio clínico. El error cometido, reconocido por la facultativa que practicó la operación y por el Servicio de Atención al Paciente, no puede excusarse aduciendo que el documento de consentimiento informado hubiera sido el mismo de haberse pautado la intervención en la pierna izquierda. Es notorio que la enferma no había prestado un consentimiento informado indistinto para ser intervenida en cualquiera de las piernas, sino que lo había hecho, de conformidad con la prescripción de los especialistas que aconsejaron la cirugía, exclusivamente para la pierna derecha donde se había apreciado una tumoración de larga evolución, resultando por tanto sorpresiva e injustificada la operación en la otra pierna; más aún cuando no se informó de la misma ni siquiera con posterioridad ni a la paciente ni a su entorno familiar. Sin su conocimiento y consentimiento no cabe presumir que le resultaba indiferente ser intervenida en una u otra pierna. Es más, constando en la historia clínica que el “marcaje de campo quirúrgico: no procede”, resulta notorio que la enferma fue sometida a una intervención de un tumor cutáneo absolutamente

indefinido e inconcreto. Siguiendo aquel razonamiento -que el consentimiento para practicársele una “cirugía de tumores cutáneos” era válido en todo caso- tanto podía haber sido intervenida -como lo fue- de la pierna contraria como de otra zona corporal indeterminada, lo que a mi juicio constituye una evidente infracción de la *lex artis* en su vertiente del derecho para conocer primero y consentir después el lugar y la zona corporal del tratamiento quirúrgico al que se sometía.

No puede obviarse además que, tratándose de una paciente de 88 años diagnosticada de Alzheimer desde 2013, por mucho que en el momento de la intervención los facultativos la apreciaran como “comunicativa” tal colaboración no puede relevar en modo alguno del deber de informar a la enferma o a su entorno familiar del criterio médico para optar por una intervención en la pierna contraria, lo que bien pudo hacerse en el previo momento de la operación o con posterioridad a la misma, cuando menos como explicación o justificación de la decisión tomada. Al respecto no hay que olvidar que la información suministrada al paciente ha de ser lo suficientemente completa, pues como viene reiterando el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 15 de marzo de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:1084-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), “la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen”. Y que también a los familiares del paciente les asiste un derecho a recibir información asistencial de conformidad con lo prescrito en el artículo 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, cuando dispone que “El titular del derecho a la información es el paciente. 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”.

5. De la documentación clínica obrante en el expediente no se deduce, además, la concurrencia de ninguna de las causas que legalmente hubieran legitimado la omisión del derecho de suministrar información y recabar el consentimiento de la paciente (artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre): ni existía riesgo para la salud pública, en términos generales, ni un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la enferma, en este caso.

6. Por otra parte, sorprende significativamente que los servicios sanitarios justifiquen su actuación en el hecho de que al momento de intervenir a la paciente “la lesión más aparente es en la extremidad izquierda, habiendo curado y desaparecido la lesión de la pierna derecha”. Amén de la presunta falta de rigor para decidir la operación en otra extremidad “por apariencia” de la lesión cutánea, a simple vista, cuando los informes médicos precedentes habían diagnosticado en la otra pierna una “tumoración de 2 cm en la parte posterior (...) sugestiva de carcinoma escamoso” de “años de evolución”, resulta inexplicable que ni la paciente ni su entorno familiar fueran informados de este motivo para modificar el criterio de la extremidad a intervenir, ni antes, ni durante ni con posterioridad a la operación. Y aún más que en el informe de alta persista el error de la cirugía practicada al referirse confusamente a “epitelioma pierna D.”, tras reseñar que se trata de una “paciente que ingresa para cirugía programada: exéresis de lesión cutánea pierna D. de años de evolución”, estableciéndose el diagnóstico anatomopatológico de “biopsia escisional cutánea de `pierna izquierda´”.

Por otra parte, el hecho de que a results de la intervención practicada se extirpara una tumoración en la pierna izquierda diagnosticada como “enfermedad de Bowen” -que, según consta en el expediente, constituye una forma de carcinoma espinocelular *in situ* que afecta a todo el grosor de la epidermis e invade las unidades pilosebáceas, pudiendo permanecer *in situ* durante largos periodos de tiempo- se esgrime en la propuesta de resolución

como evidencia de que a la interesada no se le habría causado ningún perjuicio físico. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, se obvia que el perjuicio por el que se reclama se ciñe a la falta de información y consentimiento de la intervención quirúrgica que le fue practicada y que no era la conocida y consentida por la reclamante, al margen de que la operación realizada se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica o alcanzara un resultado terapéutico favorable.

Al respecto, resulta relevante la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:2500- (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), referida a un supuesto en el que se produjo un cambio de cirugía en el quirófano sin el consentimiento previo del paciente, en la que se señala que “se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía./ La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”. Similares consideraciones han apreciado también otros órganos consultivos ante casos sustancialmente análogos al aquí examinado (por todos, Dictamen 311/2022 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

7. Asimismo considero que, si bien la Administración sanitaria aduce que la “lesión en su pierna derecha remitió y en la última revisión efectuada estaba totalmente curada, no precisando ningún tipo de actuación quirúrgica y no presentando ningún tipo de molestia a dicho nivel, procediendo únicamente (...) aplicar crema hidratante y decidiendo vigilar evolución”, tal versión obvia y contraría la alegación de la reclamante acerca de la sorpresa e inquietud que le supuso, cuando menos en el momento inmediatamente posterior a la intervención, a ella misma y a su entorno familiar advertir que la cirugía se había realizado en la otra pierna, señalando que “su problema lo tenía en la pierna derecha, y el epiteloma del cual debía ser operada sigue en el mismo estado pues no le han hecho nada, al contrario tiene dos problemas, la herida supurante (epitelioma) en su pierna derecha y la operación de no sabemos qué en su pierna izquierda”. Esto es, con independencia de la evolución posterior de su enfermedad en una y otra pierna, de la que no se documentan datos adicionales en el expediente, resulta evidente que fue intervenida de una lesión de la que no tenía información ni había consentido y dejó de serlo de la que en aquel momento le ocasionaba padecimiento y respecto de la cual se había programado su operación.

8. Ciertamente, tanto el Director de Atención Sanitaria y Salud Pública del Área Sanitaria IV como la propia facultativa interviniente reconocieron el error en la redacción del informe de alta y en la intervención quirúrgica practicada, respectivamente, y pidieron disculpas “por los trastornos ocasionados y no haberles informado en su momento del cambio de localización”. En la propia declaración de siniestro comunicada a la compañía aseguradora, que no comparece en la tramitación del procedimiento, se describen de este modo los hechos ocurridos: “paciente con demencia tipo Alzheimer desde 2013 derivada del Hospital “X” al Servicio de Cirugía Plástica del (Hospital ‘Y’) para valoración de tumoración en pierna derecha. Vista en la consulta el 23 de diciembre de 2021 se la incluye en lista de espera para la intervención quirúrgica. Realizada

la exéresis el 23 de febrero de 2022, al recibir el alta ese mismo día sus hijas se percatan de que, sin explicación previa, el vendaje lo lleva en la pierna izquierda y no en la derecha como era de esperar, aunque el informe de alta así lo refleja”. Tales testimonios acreditan, a mi juicio, el reconocimiento de una mala praxis, al menos en su vertiente de incumplimiento del deber de proporcionar una información asistencial adecuada que permita consentir la intervención médica a practicar, único fundamento por el que se acciona.

Por todo ello y en definitiva, considero que la reclamación debió ser estimada y, de haberse apreciado así en el dictamen entiendo que, dada la naturaleza moral del daño por el que se reclama, atendidas las circunstancias del caso y supuestos análogos estimatorios de déficits de información de los que no se deriva un daño físico acreditado, la indemnización prudencialmente pudo cuantificarse en 3.000 €.”

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,