

Expediente Núm. 51/2017
Dictamen Núm. 43/2017

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de febrero de 2017, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 30 de enero de 2017 -registrada de entrada el día 3 de febrero de 2017-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por las secuelas sufridas tras una infiltración practicada como tratamiento de epicondilitis.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 19 de noviembre de 2015, un letrado, en nombre y representación de 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 negligente asistencia médico-hospitalaria dispensada en el Hospital “X”.

Expone que "la reclamante, de 31 años de edad, charcutera de profesión (...), fue diagnosticada el 29-4-2014 de epicondilitis codo derecho (es diestra)", prescribiéndosele "tratamiento de infiltración con anestésico-corticoide-codera" por el Servicio de Traumatología del Hospital "X". Indica que se le administraron "3 infiltraciones en codo derecho, la última el 18 de junio del 2014 (...). Como esta última le causara con el tiempo alteraciones cutáneas (tróficas y de pigmentación) en zona circundante a la infiltración, acudió de nuevo al traumatólogo (...), quien la deriva a Dermatología del mismo centro para valoración".

Señala que es vista por este Servicio el 31 de marzo de 2015, diagnosticándosele "hipopigmentación de 6,6 x 4,5 cm en codo en la zona de infiltración previa y atrofia muscular en zona codo (...) secundarias al corticoide", derivándola al Servicio de Rehabilitación para valoración, quien "considera que dado el tiempo transcurrido ya no hay nada que hacer".

Afirma que reclama por la causación de este daño -hipopigmentación y atrofia muscular- "derivado de los corticoides administrados sin el más mínimo consentimiento informado previo, dado que no hubo la más mínima información por parte del traumatólogo, privando a la paciente del derecho a decidir no recibir un tratamiento (infiltración por corticoides) con unos efectos secundarios tan dañinos y optar por otros menos agresivos".

Solicita una indemnización de doce mil ochocientos cuarenta y cinco euros con cincuenta y nueve céntimos (12.845,59 €), más los intereses legales, que desglosa en los siguientes conceptos: 170 días no impositivos (desde el 18 de junio de 2014 -fecha en que se le administra la infiltración del corticoide causante del daño- hasta que este es descubierto, valorado y diagnosticado por primera vez -el 5 de diciembre-), 5.343,10 €; perjuicio estético ligero valorado en 5 puntos, 4.324,90 €; atrofia muscular, a la que atribuye 3 puntos ("se valora por analogía a artrosis/codo doloroso"), 2.495,55 €, y un 10% de factor de corrección, 682,04 €.

Por medio de otrosí, solicita que se valore la procedencia de suspender la tramitación de este procedimiento por los trámites generales y acordar, en su lugar, su continuación por los del procedimiento abreviado, mostrando su disposición a alcanzar un acuerdo indemnizatorio.

Al escrito acompaña copia de los siguientes documentos: a) Informe del Servicio de Traumatología del Hospital "X", de 29 de abril de 2014, en el que consta que la paciente acude a este Servicio por "cuadro de dolor mecánico localizado en región proximal anterior brazo derecho en los últimos meses, no refiere traumatismo ni uso desacostumbrado, parestesias ocasionales distales en mano ipsolateral". A la exploración física presenta "dolor en epicóndilo codo d.", siendo la impresión diagnóstica de "epicondilitis codo" derecho. Se le pauta "infiltración con anestésico-corticoide + codera". b) Volante de citación en el Servicio de Traumatología, para el 18 de junio de 2014. c) Informe del Servicio de Traumatología, de 5 de diciembre de 2014, en el que se refleja que "acude por alteraciones cutáneas (tróficas y de pigmentación) en zona circundante a infiltración. Solicita nueva valoración, pendiente de aviso para iniciar (tratamiento) fiscorehabilitador". En la exploración física se aprecia "poco dolor en epicóndilo. Está trabajando. Haciendo (rehabilitación)". En el apartado reservado al tratamiento figura "expectante". d) Informe del Servicio de Dermatología del mismo hospital, de 31 de marzo de 2015, en el que se recoge que consulta "por hipopigmentación en el codo en la zona (...) de infiltración previa". En la exploración presenta una "hipopigmentación de 6,6 x 4,5 cm en los ejes mayores de la mancha" y "atrofia muscular en zona codo". Como diagnóstico principal se establece "atrofia muscular e hipopigmentación secundarias al corticoide". El facultativo sugiere "fotoexposición y valorar rehabilitación". e) Hoja de notas de progreso correspondiente al día 8 de junio de 2015.

2. Mediante escrito de 24 de noviembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía a la

Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias una copia de la reclamación.

3. Mediante escrito notificado al representante de la interesada el 26 de noviembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la fecha de recepción de su reclamación, y le concede un plazo de diez días para que proceda a acreditar su capacidad de representación en el procedimiento, con la advertencia de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistida de la misma.

El día 2 de diciembre de 2015, comparece la perjudicada en las dependencias administrativas y confiere representación *apud acta* a favor del letrado que actúa en su nombre.

4. Con fecha 3 de diciembre de 2015, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria VII una copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia, así como un informe del Servicio de Traumatología sobre el concreto contenido de la reclamación presentada.

5. El día 17 de diciembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al representante de la interesada la fecha de recepción de su reclamación -19 de noviembre de 2015-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

6. Obra incorporado al expediente un escrito de la correduría de seguros, de 12 de enero de 2016, acusando recibo de la reclamación.

7. Mediante escrito de 8 de febrero de 2016, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios reitera la petición de documentación a la Gerencia del Área Sanitaria VII.

Con fecha 19 de febrero de 2016, la Gerente del Área Sanitaria VII traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la paciente y los informes emitidos por los Servicios de Traumatología y de Dermatología del Hospital "X".

En la historia clínica figuran, entre otros, los siguientes documentos: a) Hojas de notas de progreso del Servicio de Traumatología en las que se anota, el 3 de junio de 2014, "poca mejoría./ Segunda infiltración + algistick"; el 18 de junio, "mejoría evidente. Tercera infiltración. (También) tiene dolor en hombro d-tendinitis en porción corta del bíceps. Valorar infiltración"; el 24 de julio, "mejoría del codo pero no asintomática. Persiste clínica de tendinitis del bíceps./ Infiltración en hombro y envío a Rehabilitación"; el 5 de diciembre, "suspendo tratamiento fisioterápico. Alta", y el 8 de junio de 2015, "paciente que acude por presentar en zona epicondílea del codo derecho una atrofia cutánea con hipopigmentación secundaria a infiltración local con corticoides por epicondilitis./ Codo derecho con capacidad funcional normal y sin dolor local./ (Impresión diagnóstica): atrofia cutánea. Hipopigmentación./ No precisa ninguna medida por nuestra parte". b) Informe del Servicio de Rehabilitación, de 22 de octubre de 2014, en el que se señala, en el apartado de "enfermedad actual", que presenta "dolor en hombro derecho de un año de evolución en relación con su actividad laboral./ Posteriormente dolor en codo del mismo lado sugerente de una epicondilitis mecánica. Ambos procesos fueron tratados con sendas infiltraciones locales en junio/14 sin mejoría alguna. Fue infiltrada en dos ocasiones más en el codo sin mejoría"./ Actualmente "se nos remite para nuestra valoración posible tratamiento". En la exploración física se aprecia "hombro de aspecto normal con una exploración funcional dentro de la normalidad./ Codo derecho con zona epicondílea hipopigmentada tras las infiltraciones locales. No se objetiva patología inflamatoria en tendones de inserción epicondílea, ni al

estiramiento provocado ni tras la contracción resistida. Cuello largo con dolor selectivo en paracervicales derechos con conservación funcional". La impresión diagnóstica es de "cervicobraquialgia derecha", pautándosele "TC, Ir, Us". c) Informe del Servicio de Dermatología, de 3 de marzo de 2015, en el que se indica que consulta por "lesión acrómica de extensión grande en codo derecho tras infiltración". El diagnóstico principal es de "hipopigmentación secundaria". Se pauta "kellina y protopic".

En el informe elaborado por el Jefe del Servicio de Traumatología, el 7 de enero de 2016, se consigna que la paciente fue vista por este Servicio el 29 de abril de 2014 por un "cuadro de dolor mecánico localizado en región proximal anterior brazo derecho en los últimos meses, no refiere traumatismo ni uso desacostumbrado, parestesias ocasionales distales en mano ipsolateral (...). Fue remitida al Servicio de Rehabilitación y se le infiltró el epicóndilo derecho en tres ocasiones (última 18 de junio), refiriendo (...) evolución satisfactoria del cuadro motivo de consulta, como se constata en la revisión efectuada el 24-07-2014./ El 05-12-2014 fue valorada por el Servicio de Traumatología y por el de Rehabilitación, figurando en la nota del Servicio de Traumatología la hipopigmentación y atrofia grasa subcutánea y se remitió al Servicio de Dermatología, donde fue valorada el 3-03-2015 y diagnosticada de hipopigmentación secundaria./ Valorada en S. de Rehabilitación el 08-06-2015, no presentaba dolor en epicóndilo y la capacidad funcional del codo era normal". En relación a la terapia infiltrativa local, afirma que "es una práctica clínica habitual en nuestra especialidad". Por último, señala que "de las notas clínicas se deduce que la paciente no presenta dolor, por lo que la (...) valoración como análogo a artrosis/codo doloroso no es correcta".

En el informe elaborado el 20 de enero de 2016 por la Facultativa Especialista de Área de la Unidad de Dermatología del Hospital "X" se consigna que se atendió en consulta a la paciente el 31 de marzo de 2015 -remitida desde Atención Primaria- por "una lesión en codo de más de 6 meses de evolución, sin sintomatología acompañante en ese momento". A la

exploración física presentaba en el codo, "en región de epicóndilo derecho, mancha hipopigmentada de 6,6 x 4,5 cm en sus ejes mayores, con disminución moderada del grosor de la piel y atrofia de musculatura subyacente (...). Durante la consulta se le explica (...) que la atrofia cutánea se produce siempre en relación con el uso de corticoides tópicos o intralesionales, pues se trata de un efecto secundario indisociable de los beneficios antiinflamatorios que producen los mismos. Asimismo, comentamos que dicha atrofia se recupera con el paso del tiempo, meses o años incluso, si no se persiste en el uso de corticoides tópicos o intralesionales. Recomendé fotoexposición con protección solar para favorecer la repigmentación de la zona". Por último, manifiesta haber remitido a la paciente al Servicio de Rehabilitación "para valorar la realización de ejercicios que, sin empeorar la inflamación de la articulación, pudieran ayudar a recuperar más rápidamente la masa muscular perdida por la inactividad de la musculatura y el efecto del corticoide". Una vez valorada por ese Servicio -Rehabilitación- se deja constancia en la historia de "que la funcionalidad del codo es completa y que la paciente no precisa más tratamiento por su parte".

8. Durante la instrucción, se ha incorporado al procedimiento un informe jurídico emitido a instancias de la compañía aseguradora el 20 de junio de 2016, en el que se concluye que la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias "ha sido conforme a la *lex artis*" y que "no existe antijuridicidad en el daño", puesto que "se informó verbalmente de los riesgos, produciéndose un riesgo infrecuente sobre el que no recae obligación de información".

Obra, asimismo, en el expediente un "dictamen para valoración de daños corporales" realizado por un perito médico a instancias de la correduría de seguros el 13 de julio de 2016. En él se explica que "la atrofia grasa subcutánea en el lugar de la inyección es una de las complicaciones de la infiltración con corticoides", y que "la atrofia cutánea se manifiesta por debilidad de la piel, hipopigmentación y estrías". Entiende que "se trata de un efecto adverso que no causa ninguna alteración sobre la actividad habitual", por lo que "no procede

indemnizar por este concepto". Añade que "su aparición se considera ya situación secuelar, aunque es susceptible de mejorar con el transcurso del tiempo". En cuanto a las secuelas, afirma que la única reconocible "es la atrofia cutánea local, con zona de hipopigmentación (...) en codo, que se valora como un perjuicio estético ligero" y se le atribuye 3 puntos por "localización (...) y tamaño". Por último indica que "no se considera la atrofia muscular, ya que se trata de un efecto adverso presente en tratamientos prolongados con corticoides por vía sistémica, pero no por infiltraciones locales./ Dicha atrofia se considera secundaria a la patología de base y es una hipotrofia por desuso". Por otro lado, fija la cuantía de la indemnización en 2.745 €, de los cuales 2.495,55 € corresponderían a las "secuelas" (hipopigmentación cutánea), y 249,56 € a la aplicación de un factor de corrección del 10% sobre la cuantía anterior.

9. Con fecha 8 de noviembre de 2016, el representante de la interesada toma vista del expediente y obtiene una copia del mismo.

10. Mediante escrito notificado al representante de la perjudicada el 22 de noviembre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 15 de diciembre de 2016, presenta este en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que denuncia que "no hubo consentimiento informado" ni "la más mínima información, ni escrita ni oral". Sostiene que "el traumatólogo se limitó a infiltrar a la paciente directamente, sin informarle mínimamente de nada, testigo de lo cual es su padre (...), quien se encargó de llevar a su hija siempre a las consultas de Traumatología". Y recuerda que "en este caso la información de riesgos debía haber sido escrita, ya que la infiltración es un acto médico invasivo que exige que sea siempre escrita".

Por lo que refiere a las secuelas, asevera que “no son consecuencia anormal y rara de las infiltraciones”, remitiéndose al informe del Servicio de Dermatología, que fue el primero que “informó de este riesgo (efecto secundario) a la paciente”. En definitiva, “el traumatólogo que la infiltró debía ser conocedor de estos efectos secundarios, que siempre aparecen por ser indisociables a toda infiltración, y por tanto debía haber informado de ellos a la paciente para que ella pudiera ejercer su sagrado derecho a optar por infiltración o no”.

Asegura que “todas las secuelas derivan de la infiltración, no siendo nada achacable a la patología base (epicondilitis), que correctamente tratada cura sin problemas y más aún en pacientes jóvenes como es el caso de esta, de 31 años de edad”.

Por último, indica que el daño no se produjo “de forma inmediata, como pretende el informe de valoración médica (...), sino progresivamente a lo largo del tiempo, y por ello (...) no pudo ser valorable de forma definitiva hasta que, lejos de mejorar, se estabilizó sin evolucionar, y a peor, cuando fue diagnosticado finalmente (el) 5-12-2014 por la dermatóloga”, por lo que entiende “debe ser reconocido como daño todo el periodo de estabilización reclamado”.

11. Mediante oficio de 20 de diciembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite a la correduría de seguros una copia de las alegaciones presentadas.

12. El día 4 de enero de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio. Razona que “en el presente caso se ha producido la materialización de un riesgo típico sin que conste (que) se haya informado a la paciente sobre su posible aparición. Si bien al tratarse de una infiltración no cabe exigir la existencia de un documento de consentimiento informado, sí parece

razonable que se le hubiese dado información verbal en los mismos términos que se le dio posteriormente cuando apareció la lesión. De hecho, debe tenerse en cuenta en este sentido que la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología (...) tiene elaborado un consentimiento informado para la infiltración con analgésicos y corticoides en el que se recoge como riesgo típico la atrofia cutánea”.

Por último, considera adecuada una indemnización de 1.500 €, argumentando que en esta ocasión “nos encontramos ante una falta de información que ha limitado el derecho de elección de la reclamante, lo que supone un daño moral exclusivamente, ya que la técnica se realizó correctamente”, e invoca a estos efectos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 28 de septiembre de 2012.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de enero de 2017, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada 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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación de la interesada registrada en la Administración del Principado de Asturias con fecha 19 de noviembre de 2015, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 19 de noviembre de 2015, y la infiltración que presuntamente causó el daño por el que se reclama se realizó el 18 de junio de 2014; sin embargo, este tratamiento originó un daño que es objeto de consulta por primera vez el 5 de diciembre de 2014, tal y como se indica en el informe del Servicio de Traumatología del Hospital “X” de idéntica fecha, donde se hace constar que la paciente “acude por alteraciones cutáneas (tróficas y de pigmentación) en zona circundante a infiltración”. Por tanto, es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

Asimismo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos,

todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- La interesada reclama una indemnización por los daños y perjuicios padecidos tras la infiltración practicada como tratamiento de una epicondilitis.

Se ha incorporado al expediente el informe del Servicio de Traumatología del Hospital “X”, de 29 de abril de 2014, en el que consta que fue diagnosticada de epicondilitis en el codo derecho, prescribiéndosele “infiltración con anestésico-corticoide”. A ello debe añadirse que en junio de 2015, según consta en las hojas de notas de progreso del Servicio de Rehabilitación de ese hospital, es diagnosticada de “atrofia cutánea” e “hipopigmentación”. Por tanto, la realidad del daño alegado ha quedado acreditada con los informes médicos obrantes en el expediente, sin perjuicio de la valoración que quepa efectuar en el caso de que se concluya que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, la mera constatación de un daño real, efectivo, individualizado, evaluable económicamente y surgido en el curso de la actividad

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

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

En el supuesto que analizamos, la interesada fue diagnosticada de epicondilitis en el codo derecho en abril de 2014, prescribiéndole el Servicio de

Traumatología del Hospital "X" un tratamiento consistente en infiltraciones con "anestésico-corticoide". Se le administraron 3 en total, la última el 18 de junio de 2014. En octubre de 2014 es valorada en el Servicio de Rehabilitación, apreciándose un "hombro de aspecto normal con una exploración funcional dentro de la normalidad./ Codo derecho con zona epicondílea hipopigmentada tras las infiltraciones locales. No se objetiva patología inflamatoria en tendones de inserción epicondílea, ni al estiramiento provocado ni tras la contracción resistida. Cuello largo con dolor selectivo en paracervicales derechos con conservación funcional". El 5 de diciembre de 2014 acude al Servicio de Traumatología por "alteraciones cutáneas (tróficas y de pigmentación) en zona circundante a infiltración". Se solicita valoración y en marzo de 2015 es vista por el Servicio de Dermatología, que le diagnostica "atrofia muscular e hipopigmentación secundarias al corticoide". Se le recomienda fotoexposición y se la remite al Servicio de Rehabilitación, donde tras valorarla señalan que la funcionalidad del codo es completa, y aunque aún presenta atrofia cutánea e hipopigmentación no precisa más tratamiento por su parte.

Por tanto, de los informes médicos incorporados al expediente se infiere que la paciente sufre una atrofia cutánea e hipopigmentación como consecuencia de las infiltraciones con corticoides y anestésicos, lo cual se constata en el informe del Servicio de Dermatología de 31 de marzo de 2015. Al respecto, la Facultativa Especialista de Área de la Unidad de Dermatología del Hospital "X" explica, en su informe de 20 de enero de 2016, que la atrofia cutánea se produce siempre en relación con el uso de corticoides tópicos o intralesionales, pues se trata de un efecto secundario indisociable de los beneficios antiinflamatorios que producen los mismos. El Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas también asume esta tesis al elaborar la propuesta de resolución, y considera que "en el presente caso se ha producido la materialización de un riesgo típico", añadiendo que "la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología (...) tiene elaborado un consentimiento informado para la infiltración con analgésicos y corticoides en

el que se recoge como riesgo típico la atrofia cutánea”. Todo ello refuta la afirmación vertida en el informe emitido por un gabinete jurídico a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, que califica el daño sufrido por la perjudicada como un “un riesgo infrecuente”.

La reclamante reprocha al hospital donde fue atendida que los corticoides se le administraron “sin el más mínimo consentimiento informado previo, dado que no hubo la más mínima información por parte del traumatólogo, privando a la paciente del derecho a decidir no recibir un tratamiento (infiltración por corticoides) con unos efectos secundarios tan dañinos y optar por otros menos agresivos”.

Obra incorporado al expediente un informe jurídico de la compañía aseguradora de la Administración en el que se concluye que la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias “ha sido conforme a la *lex artis*” y que “no existe antijuridicidad en el daño”, puesto que “se informó verbalmente de los riesgos, produciéndose un riesgo infrecuente sobre el que no recae obligación de información”.

El debate se circunscribe, por tanto, a una cuestión de acreditación de la información suministrada a la paciente, con el correlativo alcance del consentimiento informado por ella prestado. Al respecto, el Tribunal Supremo tiene declarado que la ausencia del soporte documental exigido en la ley no conduce automáticamente a la negación del consentimiento, cuya realidad puede acreditarse por distintos medios. Sin embargo, ello supone invertir la carga de la prueba de que efectivamente se proporcionó la información pertinente y se prestó el consentimiento; prueba de un hecho positivo que ha de aportar la Administración (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de junio de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:4607-, 4 de abril de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:3750- y, más recientemente, 25 de abril de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:2506-, todas ellas de la Sección 6.ª, así como las de 25 de mayo -ECLI:ES:TS:2011:3542- y 27 de diciembre de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:9314-, ambas de la Sección 4.ª). También hemos señalado en

ocasiones precedentes (entre otras, Dictamen Núm. 287/2013) que no cabe excluir *a priori* la eficacia del consentimiento verbal; ahora bien, tanto en este supuesto como en el de “extravío” del documento escrito la Administración ha de probar que se proporcionó la información adecuada al paciente.

En el caso que nos ocupa, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas admite, al elaborar la propuesta de resolución, que “en el presente caso se ha producido la materialización de un riesgo típico sin que conste (que) se haya informado a la paciente sobre su posible aparición”. Así, entre la documentación que conforma el expediente no figura el documento de consentimiento informado, ni tampoco que se le haya explicado a la interesada verbalmente, y con carácter previo a las infiltraciones, los riesgos que podrían presentarse o la posibilidad de someterse a un tratamiento alternativo.

En definitiva, aunque no resulta acreditada una vulneración de la *lex artis ad hoc* en cuanto a la forma de proceder en la práctica de las infiltraciones, no podemos deducir de la documentación obrante en el expediente la suficiencia de la información facilitada con carácter previo a su realización, por lo que entendemos que en este singular aspecto ese déficit informativo ha ocasionado un daño moral antijurídico derivado de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente que aquella falta comporta que es generador de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al haberse materializado uno de los riesgos de los que debió haber sido informada la afectada.

SÉPTIMA.- Para el cálculo de la indemnización parece apropiado valerse del baremo establecido al efecto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, en sus cuantías actualizadas, aprobadas por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014, que, si bien no es de aplicación

obligatoria, viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos, y que ha sido el empleado por la propia reclamante. Al respecto, debemos recordar que, aunque el baremo está formalmente derogado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, sigue siendo el aplicable, según su disposición transitoria, a los accidentes ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 2016.

La interesada solicita una indemnización de doce mil ochocientos cuarenta y cinco euros con cincuenta y nueve céntimos (12.845,59 €), más los intereses legales, que desglosa en los siguientes conceptos: 170 días no improductivos (desde el 18 de junio de 2014 -fecha en que se administra la infiltración del corticoide causante del daño- hasta que el daño es descubierto, valorado y diagnosticado por primera vez -el 5 de diciembre-), 5.343,10 €; perjuicio estético ligero valorado con 5 puntos, 4.324,90 €; atrofia muscular a la que atribuye 3 puntos, 2.495,55 €, y un factor de corrección del 10% sobre las secuelas, 682,04 €.

Por su parte, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas considera más adecuada una indemnización de mil quinientos euros (1.500 €), argumentando que en esta ocasión “nos encontramos ante una falta de información que ha limitado el derecho de elección de la reclamante, lo que supone un daño moral exclusivamente, ya que la técnica se realizó correctamente”, e invoca a estos efectos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 27 de diciembre de 2011 -ECLI:ES:TSJAS:2011:4509-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a.

La necesidad de recabar el consentimiento informado constituye una obligación del personal médico cuyo incumplimiento dará lugar a la satisfacción de una indemnización en beneficio del paciente siempre que exista un daño antijurídico, y con independencia de si la actuación médica fue acorde con la *lex artis* o no. Aunque este Consejo venía manteniendo al respecto una postura

resarcitoria, indemnizando la totalidad del daño sufrido, y por tanto equiparando la falta de consentimiento (o una información defectuosa o incompleta) con la negligencia en la actuación técnica, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo aboga por una posición de carácter reparador.

Los efectos que origina la falta de información, a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:1804- (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), “están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa”. Dicha sentencia expone las modalidades disponibles para llevar a cabo la cuantificación de la suma indemnizatoria: por los totales perjuicios causados, con el alcance propio del daño moral y patrimonial, o como una pérdida de oportunidad. Aunque esta cuestión no es pacífica, la tendencia mayoritaria asimila la falta de consentimiento a la pérdida de oportunidades o de expectativas, “en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso)”.

Las dificultades que entraña una cuantificación de ese daño moral son consecuencia no solo de la ausencia de baremos objetivos a los que ajustarse, sino, principalmente, de la “evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente” (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:279-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª. Así, la suma resarcitoria en

algunos casos vendrá determinada por una suma a tanto alzado, como ocurre en la sentencia invocada por la Consejería instructora en la propuesta de resolución, y en otros por lo que el Supremo denomina “régimen especial de imputación probabilística”, que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, tomando como referencia, “de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido”, como sucede en la sentencia arriba mencionada.

En el caso que nos ocupa, y en relación con los daños sufridos por la paciente tras la última infiltración -atrofia cutánea e hipopigmentación-, no debemos obviar las apreciaciones que respecto a los mismos realiza la Facultativa Especialista de Área de la Unidad de Dermatología en su informe de 20 de enero de 2016, al señalar que “dicha atrofia se recupera con el paso del tiempo, meses o años incluso, si no se persiste en el uso de corticoides tópicos o intralesionales”, recomendando “fotoexposición con protección solar para favorecer la repigmentación de la zona”, por lo que no es descabellado que en un futuro estos daños puedan remitir.

En cuanto a la atrofia muscular que la interesada valora “por analogía a artrosis/codo doloroso”, el Servicio de Traumatología indica, en el informe elaborado el 7 de enero de 2016, que “de las notas clínicas se deduce que la paciente no presenta dolor, por lo que la (...) valoración como análogo a artrosis/codo doloroso no es correcta”. Efectivamente, en las notas de progreso del Servicio de Rehabilitación consta, el 8 de junio de 2015, “codo derecho con capacidad funcional normal y sin dolor local. (Impresión diagnóstica): atrofia cutánea. Hipopigmentación. No precisa ninguna medida por nuestra parte”. En todo caso, de persistir la dolencia alegada por la reclamante se consideraría “secundaria a la patología de base y es una hipotrofia por desuso”, como se explica que en dictamen para la valoración de daños corporales emitido a

instancia de la correduría de seguros, que señala que la atrofia muscular es “un efecto adverso presente en tratamientos prolongados con corticoides por vía sistémica, pero no por infiltraciones locales”.

En conclusión, previa ponderación del tipo de tratamiento al que se sometió la paciente y a la entidad de los perjuicios ocasionados según lo ya reseñado, estimamos adecuado el criterio seguido en la propuesta de resolución de satisfacer a la perjudicada una indemnización de mil quinientos euros (1.500 €).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias, y, estimando parcialmente la reclamación presentada por, indemnizarla en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.