

Expediente Núm. 18/2019
Dictamen Núm. 100/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 5 de abril de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 3 de enero de 2019 -registrada de entrada el día 16 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por las secuelas derivadas de la práctica de una punción articular guiada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de abril de 2018, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos tras una punción de la articulación del hombro para lavado de calcificación.

Expone que el día 4 de mayo de 2017 fue diagnosticada de “calcificación del supraespinoso (...), sin evidencias de líquido libre intraarticular o colecciones bursales”. Señala que para su tratamiento el 18 de mayo de 2017 se le realiza en el Hospital “X” “una punción guiada con eco, es decir, procedimiento de lavado de calcificación (...). Unos días después comienza a sentir dolor intenso en cara anterior del hombro derecho, que aumenta” con “los movimientos y no cede pese a la toma de antiinflamatorios, acudiendo definitivamente a Urgencias (...) con fecha 21-5-17 (...), 3 días después de la punción, sin que se le detecten aparentemente `signos infecciosos ni locales ni sistemáticos´ (*sic*), por lo que se decide alta domiciliaria sin efectuar analítica alguna ni mayores pruebas diagnósticas”.

Manifiesta que “apenas unos días después, el 26-5-17 y encontrándose de vacaciones, debe acudir al Servicio de Urgencias del Hospital “Y”, dado el aumento de dolor y la `importante impotencia funcional´ del hombro, siéndole colocado el brazo en cabestrillo y pautando nueva medicación”, y precisa que “ante la impotencia y el dolor regresa a su domicilio”, acudiendo de nuevo al Hospital “X” “con fecha 29-5-17, donde tras la realización de radiografía y ecografía del hombro derecho descubren: `distensión de la bursa subacromio-subdeltoidea con contenido ecogénico en su interior que puede estar en relación con la salida de contenido de calcio a la misma y la presencia de calcificaciones dispersas en el tendón supraespinoso´. Y tras la valoración de la resonancia magnética se aprecia `severa bursitis subacromiodeltoidea con contenido isointenso en su interior, probablemente en relación con la salida de calcio a la bursa durante el procedimiento de lavado. Asimismo, severa sinovitis en la articulación glenohumeral. Presenta dos imágenes hipointensas en el espesor supraespinoso próximo a la inserción al troquíter en relación con la tendinopatía calcificante ya conocida´”, por lo que le es “pautada mayor medicación”.

Afirma que “es evidente que la sintomatología actual, tal y como consta acreditado, deriva del negligente servicio prestado el día de la punción (18-5)”,

añadiendo que "con fecha 7-6-17 es remitida a Rehabilitación cuando aún persistía con grandes dolores y medicación intensa, siendo reseñable a la exploración física la `tumefacción en cara anterior de hombro derecho, sin signos de infección. Cierta grado de atrofia del deltoides. BA hombro derecho muy limitado en primeros grados'". Tras acudir el 14 de junio de 2017 al Servicio de Traumatología, debe volver al Servicio de Urgencias el día 22 de ese mismo mes, momento en el que se le realiza una nueva ecografía "que en comparación con la efectuada menos de un mes antes (29-5-17)" muestra que "ha aumentado de forma clara la bursitis subacromio-subdeltoidea con abundante contenido ecogénico en su interior y presencia de registro Doppler color en las paredes de la bursa, hallazgos en relación a bursitis aguda", por lo que se decide realizar una intervención quirúrgica urgente por una "artritis séptica de hombro derecho", y entiende que esta operación y su causa (la sepsis) son "consecuencia (...) de la deficiente intervención sufrida en el mes de mayo".

Menciona que recibió el alta hospitalaria el 7 de julio de 2017, y que inició en el mes de agosto la correspondiente rehabilitación, especificando que el alta de su médico de cabecera tiene lugar el 16 de febrero de 2018, momento en el que se han "estabilizado los daños y secuelas producto de intervención".

Transcribe a continuación las "secuelas" que se reflejan en el informe emitido por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Hospital "X", consistentes en "severa atrofia del músculo deltoides./ Tendinosis en el tendón supraespinoso./ Limitación a la abducción y antepulsión y falta de fuerza", y explica que la situación ha repercutido en su aptitud para el desempeño de su puesto de trabajo (técnica especialista en Radiodiagnóstico).

Expresa que "la deficiente intervención sufrida el 18 de mayo de 2017" y el "servicio y atención" prestados "hasta su definitiva intervención el 22 de junio de 2017" ha dado lugar a "lesiones temporales" y a secuelas que se

determinarán en un informe de valoración médica del daño corporal, cuya elaboración anuncia.

Aporta diversa documentación médica relativa al proceso por el que reclama.

2. Mediante escrito de 15 de mayo de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la perjudicada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. A requerimiento del Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 5 de julio de 2018 la Responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio instructor los informes médicos elaborados por el Servicio de Rehabilitación el 24 de mayo de 2018, el Servicio de Traumatología el 25 de mayo de 2018, el Jefe del Servicio de Radiodiagnóstico el 11 de junio de 2018 y el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias el 4 de julio de 2018, todos ellos del Hospital "X".

4. Con fecha 6 de septiembre de 2018, dos especialistas, una en Medicina Legal y Forense y otra en Valoración del Daño Corporal, emiten informe pericial a instancia de la compañía aseguradora en el que, tras exponer diversas consideraciones médicas, concluyen que "no se puede afirmar que haya existido mala praxis" y que "el manejo de la patología ha sido correcto y según protocolos", subrayando que "la actuación habría sido conforme a *lex artis*".

5. Mediante oficio notificado a la reclamante el 26 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones

Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 14 de noviembre de 2018, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que se reitera en el contenido de su reclamación inicial, añadiendo que a la vista de los informes incorporados al expediente “queda más que acreditado que la asistencia sanitaria que le fue dispensada (...) se aleja de una correcta *lex artis*”, y señala que “no hay constancia de que se haya cumplimentado el documento de consentimiento informado con anterioridad a la práctica quirúrgica”.

A continuación especifica la valoración médica del daño sufrido, según “el baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre”, que cuantifica en un total de treinta y dos mil trescientos diecisiete euros con veintidós céntimos (32.317,22 €). Dicha cantidad incluye también el “perjuicio patrimonial” constituido por el “lucro cesante por la pérdida de ingresos en su actividad laboral durante el tiempo que duró la baja”.

6. El día 27 de noviembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al considerar que “tras la revisión de la documentación no se puede afirmar que se llevara a cabo mala praxis. El manejo de la patología (...) a lo largo del proceso se realizó de forma adecuada y según la clínica que presentaba en cada momento, siguiendo protocolos y guías clínicas. La paciente presentó una complicación, como es la artritis séptica, que aunque poco frecuente es posible y grave”.

Por otro lado, rebate las alegaciones de la reclamante relativas a una insuficiente información sobre los riesgos de la práctica llevada a cabo para el tratamiento de su dolencia.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de enero de 2019, 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 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 en cuanto 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 27 de abril de 2018, y el alta hospitalaria tras el drenaje quirúrgico por la artritis séptica de hombro tiene lugar el día 7 de julio de 2017. En consecuencia, y con independencia de la fecha de estabilización de las secuelas, es claro que la reclamación ha sido presentada dentro del 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 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 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".

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, 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; requisitos cuya exigencia constituye "doctrina jurisprudencial reiteradísima" (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1997-, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.ª).

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por una paciente con ocasión del tratamiento de una patología de hombro.

Resulta acreditado en el expediente que la paciente se sometió, en el mes de mayo de 2017, a una "técnica ecoguiada de punción" más "lavado de la calcificación" que presentaba en el tendón del manguito rotador. La mala

evolución tras su realización determinó la necesidad de proceder a “lavado quirúrgico” para solventar la infección. Por tanto, y con independencia de la concreción de las secuelas, que procedería analizar en el caso de ser estimatorio el sentido de nuestro dictamen, no ofrece duda que la paciente ha sufrido un daño cierto y acreditado.

Ahora bien, la mera constatación de un perjuicio surgido en el curso de la actuación 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.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el supuesto examinado, la reclamante argumenta en el trámite de audiencia la invocada infracción de la *lex artis*. Así, afirma que "en la actuación quirúrgica llevada a cabo el 18-05-17 no solamente no se lograron los resultados esperables sino que además le fue producido (...) un daño sobrevenido" y, respecto al "seguimiento posquirúrgico", subraya que "no fueron tomadas las precauciones antiinfecciosas efectivas, permitiendo así la instauración de una bursitis que precisó de una nueva actuación quirúrgica" el

22 de junio de 2017. Añade que “no hay constancia de que se haya cumplimentado el documento de consentimiento informado con anterioridad a la práctica quirúrgica”.

Sin embargo, no concreta qué aspectos médicos determinan su calificación de “deficiente intervención” o “negligente servicio” con relación a la punción ecoguiada, como tampoco detalla qué medidas debieron, a su juicio, ser adoptadas para evitar la infección. Ningún informe técnico avala, en fin, sus afirmaciones, por lo que la ausencia total de prueba que se aprecia en este caso afecta tanto a la pretendida incorrección de la actuación o actuaciones sanitarias objeto de reproche, como a la relación de causalidad entre la actividad sanitaria y el daño cuya indemnización se pretende. En estas circunstancias, el Consejo Consultivo no cuenta con más elementos técnicos para formar su juicio que los que resultan del conjunto documental formado por la historia clínica incorporada al expediente y los informes médicos librados en el curso de la instrucción, todos los cuales coinciden en señalar, una vez analizada la actuación frente a la que se dirige inicialmente la reclamación, que la atención y el tratamiento dispensados fueron correctos.

En primer lugar, y en cuanto al procedimiento de limpieza de la calcificación, el Jefe del Servicio de Radiodiagnóstico afirma en su informe que el tipo de complicación (“proceso inflamatorio infeccioso”) producida “es inherente a la prueba realizada, si bien, es muy poco frecuente”. A su vez, las especialistas que informan a instancia de la compañía aseguradora de la Administración indican que “la artritis séptica” constituye “una complicación” que, “aunque poco frecuente”, es “posible y grave”, con una prevalencia “posinfiltración/punción” que “varía según series de 4/10.000 y 1/15.000”. Por tanto, la aparición de la complicación no presupone una deficiente ejecución de la técnica, como afirma la perjudicada. El documento de consentimiento informado para “punción-lavado de calcificaciones” disponible en la página web de la Sociedad Española de Radiología Musculoesquelética contempla,

efectivamente, como “principal complicación, aunque muy rara (...), la infección”.

En relación con lo que la interesada denomina “seguimiento posquirúrgico” -referido a la atención posterior a la realización de la punción-, en su escrito inicial únicamente explica que pese a acudir a diversos profesionales del mismo centro hospitalario (de Urgencias, Traumatología y Rehabilitación), a quienes puso de manifiesto “la situación de dolor e impotencia que vivía”, no se adoptaron “mayores medidas que el ajuste de la medicación para el dolor”, y tampoco precisa qué “precauciones antiinfecciosas efectivas” debieron ser instauradas.

El Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias señala que en la asistencia prestada el día 21 de mayo de 2017 (tres días después de la punción) no se objetivaron “en la exploración física signos externos de infección a ese nivel, según consta en su historia clínica”. Indica también que, pese a la falta de sospecha sobre la complicación, con carácter preventivo se decidió, “como estrategia, el tratamiento sintomático y la vigilancia, recomendándole ‘vigilar si aparición de fiebre, cambios de coloración en hombro o aumento importante del dolor (...) acudir para nueva valoración’”. Además, especifica que “la realización de una analítica urgente en ese momento del proceso (tres días de evolución sin manifestaciones sistémicas) probablemente no habría modificado la estrategia porque no es seguro que la infección incipiente se expresara a nivel sistémico con alteraciones analíticas”. Por su parte, el informe relativo a la asistencia prestada por el Servicio de Traumatología puntualiza, en relación con la consulta llevada a cabo el día 7 de junio de 2017 por dolor en el hombro, que “en el momento de la consulta” la paciente estaba tomando Amoxicilina “debido a clínica compatible con proceso infeccioso en el hombro”, y que “a la exploración” presentaba “impotencia funcional absoluta del hombro derecho, con ausencia de signos flogóticos sugestivos de proceso infeccioso”. Añade que se recomendó “finalizar el tratamiento” antibiótico y “se revisa nuevamente el día 14 de junio de 2017”, consulta en la que “presenta aparente

mejoría del dolor y de la función, y comienza a recibir tratamiento rehabilitador”, siendo el 22 de junio de 2017 cuando acude al Servicio de Urgencias por “nuevo episodio de dolor” e “impotencia funcional absoluta”, presentando “signos clínicos y analíticos compatibles con infección en la articulación del hombro derecho” que determinaron, “tras los estudios preoperatorios oportunos”, la realización de un drenaje del absceso y el inicio de “tratamiento antibiótico empírico en espera del cultivo y antibiograma del absceso”. Una vez recibidos los resultados del cultivo se inició el tratamiento antibiótico específico en coordinación con el Servicio de Enfermedades Infecciosas, siendo “la evolución clínica del proceso (...) favorable a lo largo del ingreso”, que se mantuvo “durante el seguimiento posterior en la consulta externa de Traumatología (...), tanto desde el punto de vista de la infección, como de la función del hombro”, lo que permitió reanudar “el tratamiento rehabilitador”.

Por su parte, las especialistas que informan a instancia de la compañía aseguradora explican que “el cuadro clínico de la artritis séptica de hombro tras punción acostumbra a ser insidioso, conduciendo a un diagnóstico tardío”, pues “los cambios inespecíficos” que comporta “incluyen limitación de la movilidad que normalmente solo es moderadamente dolorosa”, y que “los signos de repercusión sistémica, como fiebre, escalofríos, anorexia, normalmente no están presentes o lo son de forma moderada”.

En todo caso, la historia clínica corrobora que cuando la paciente acude a la consulta el día 7 de junio de 2017 “está tomando Amoxicilina porque se suscitaron dudas de si el proceso era debido a una artritis séptica” (informe del Servicio de Traumatología -folio 92 de la historia clínica-). Tal prescripción permite descartar la falta de adopción de medidas de prevención de la infección e impide concluir la inadecuación de la asistencia prestada durante el periodo que media entre la punción y la detección de la bursitis; atención que incluyó la realización de una radiografía el 21 de mayo, una resonancia magnética y otra ecografía el 29 de mayo, una analítica el 7 de junio y una nueva ecografía el 22

de junio, fecha esta última en la que los signos clínicos ya evidencian la infección.

Por tanto, de los datos consignados en el expediente, que no han sido combatidos mediante prueba en contra por la interesada, no ha quedado demostrada la existencia de práctica sanitaria alguna contraria al buen hacer respecto de la punción y el tratamiento dispensado para la curación de la infección que se desencadenó. Dado que la imputación de la interesada solo se sostiene en sus propias manifestaciones, lo que no es suficiente para tenerla por acreditada, y que, por el contrario, todos los informes obrantes en el expediente son coincidentes y sostienen que la actuación del servicio público fue vigilante y correcta, la pretensión resarcitoria ejercitada no puede ser acogida. En este sentido, debemos reiterar, como hemos afirmado con anterioridad (por todos, Dictamen Núm. 269/2018), que “incumbe a quien reclama la carga de probar la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, y en particular que se ha producido una violación de la *lex artis* médica”, así como que la ausencia de actividad probatoria al respecto por parte del interesado (omitiendo en el correspondiente procedimiento administrativo el ejercicio del derecho que la ley le confiere a presentar pruebas o pericias que apoyen sus imputaciones) obliga a este Consejo Consultivo a formar su convicción en el sentido expuesto, sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente aportados por la Administración.

Sentado lo anterior, debemos referirnos a continuación a la alegación relativa a la falta de suscripción de consentimiento informado para la realización del acto médico que la reclamante califica como “práctica quirúrgica”, defendiendo, en consecuencia, el carácter preceptivo del documento. Al respecto, la propuesta de resolución analiza el alcance del artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, que establece como regla general el consentimiento verbal salvo para

los casos señalados en el precepto, en los que “se prestará por escrito” -“intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”-.

Pese a que la propuesta resolutoria descarta que la intervención practicada en el caso examinado constituya uno de tales supuestos, el hecho de que la Sociedad Española de Radiología Musculoesquelética exija expresamente el documento de consentimiento informado para la “punción-lavado de calcificaciones” obliga a concluir que nos hallamos ante un procedimiento diagnóstico invasor y que, por tanto, sí resultaba exigible la prestación por escrito del mismo. Ahora bien, debemos recordar que la doctrina de este Consejo, tributaria en este punto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha establecido que la eventual omisión del consentimiento escrito no obsta a la apreciación de la existencia de información suficiente si así se deduce del expediente, correspondiendo la carga de la prueba a la Administración sanitaria actuante (Dictámenes Núm. 156/2012, 222/2012 y 156/2013). En este sentido, el Jefe del Servicio de Radiodiagnóstico expone que “previo a este tipo de prueba” se comunica a la paciente “el procedimiento y las posibles complicaciones”; extremo este que la interesada no niega específicamente con ocasión de las alegaciones en las que suscita la falta del documento de consentimiento informado. Sin embargo, lo cierto es que en la historia clínica obrante en el expediente no consta reflejada esa información verbal -ya sea por no figurar allí o por no haberse incorporado el historial anterior a la punción-, lo que impide verificar que haya sido facilitada.

Por otro lado, cabría presumir que dada la profesión de la reclamante (técnico en Radiodiagnóstico en el mismo hospital en el que se presta la atención, según se consigna en el expediente) esta pudiera ostentar un mayor conocimiento de los riesgos inherentes a la práctica médica concreta que ha ocasionado el daño -aunque nada opone al respecto la propia Administración

instructora, sobre la que, como hemos señalado, recae la carga de la prueba-. Al respecto, sin embargo, conviene recordar el criterio expuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de noviembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:7388- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), en la que expresamente se rechaza que la condición de médico del paciente libere “a la Administración de la obligación de obtener su consentimiento por escrito”, así como que “el vigente artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente”, contemple “una excepción” a la regla general “de constancia escrita del consentimiento informado (...) por ser médico el paciente, o por tener una relación de amistad con los doctores responsables de su caso, como entiende la Sala de instancia”, destacando en el asunto examinado la distinta especialidad del facultativo reclamante y del Servicio interviniente. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, debe descartarse la incidencia de la profesión como técnico en Radiodiagnóstico de la paciente a efectos de minorar o excluir la necesidad de prueba del consentimiento informado verbal con relación a la intervención practicada.

En definitiva, aunque no resulta acreditada una vulneración de la *lex artis ad hoc* en la práctica de la punción articular, de la documentación obrante en el expediente no puede deducirse 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.- La reclamante no especifica, al desglosar los conceptos que integran la indemnización total que reclama, qué cantidad solicita en concepto de daño moral por la omisión de información -únicamente incluye, entre las “secuelas fisiológicas”, la de “proceso depresivo reactivo”-. Dado el sentido

desestimatorio de la propuesta de resolución, tampoco la Administración instructora valora la indemnización que procede por el mismo.

La necesidad de recabar el consentimiento informado, aquí omitida, 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 ello con independencia de si la actuación médica fue acorde con la *lex artis* o no. Tal y como señalamos en el Dictamen Núm. 43/2017, si bien este Consejo ha venido manteniendo en el pasado una postura resarcitoria al respecto 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 interpretación de carácter reparador. 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), entre otras, los efectos que origina la falta de información “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 este concreto 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 cuantía resarcitoria en algunos casos vendrá determinada por una suma a tanto alzado 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 mencionada.

En el caso que nos ocupa, y en relación con los daños padecidos por la reclamante, es evidente que la infección manifestada posteriormente, aunque no guarda relación de causalidad con la asistencia médica practicada, no fue conocida ni consentida como riesgo típico de la intervención practicada, y determinó la necesidad de someterse a una intervención quirúrgica para tratar la artritis séptica. El informe de alta del Servicio de Rehabilitación de 5 de febrero de 2018 refleja, a su vez, que la paciente presenta “dolor y limitación articular” en el “hombro derecho secundario a artritis séptica”.

Por ello, previa ponderación del tipo de tratamiento al que se sometió la enferma, la entidad de los perjuicios ocasionados según lo reseñado y teniendo en cuenta la cantidad que hemos considerado procedente en supuestos

similares, estimamos adecuado satisfacer prudencialmente 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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.