

Dictamen Núm. 136/2020

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 4 de junio de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 6 de marzo de 2020 -registrada de entrada el día 25 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de una artroscopia.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de diciembre 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 la realización de una artroscopia.

Expone que padecía una omalgia derecha con limitación funcional y que, a las 7:34 horas del día 27 de diciembre de 2017, le fue realizada en el Hospital “X” una artroscopia. Señala que tras sufrir dificultades respiratorias y tos en el

posoperatorio se le efectuó una Rx en el mismo centro sanitario que permitió constatar la existencia de un "neumotórax (...) en hemitórax derecho", razón por la cual fue trasladada esa misma noche en UVI móvil hasta el Hospital "Y", donde ingresó a las 23:13 horas. Refiere que permaneció ingresada en dicho centro hasta el 5 de enero de 2018, siendo revisada tras el alta hospitalaria en el Hospital "X" los días 11 de enero y 15 de febrero de 2018, precisando que el 22 de abril de 2018 recibió el alta en Neumología.

Manifiesta que está "con crisis de ansiedad", con tratamiento por su médico de Atención Primaria y Psiquiatría "debido a sensación de dificultad respiratoria y dolor nocturno sobre (...) costado derecho".

Afirma que "como consecuencia de una mala técnica artroscópica para intervención de patología de hombro derecho se provocó un neumotórax derecho yatrogénico, lo que motivó 9 días de ingreso hospitalario, alteración de la analítica sanguínea, así como un tratamiento con drenaje pleuro-pulmonar mediante cánula torácica derecha. También un tratamiento posterior mediante anticoagulante, reposo y realización de varias consultas médicas en una paciente que padecía de un trastorno depresivo de años de evolución y del que estaba asintomática, lo que le provocó consultas médicas y toma de medicación para su estado anímico y aparición de sintomatología que se correspondía con un trastorno por estrés postraumático y que a la última visita realizada por este servicio médico persistía, consistiendo en ansiedad, trastornos del ánimo, del carácter, insomnio, revivir el proceso y para el que deberá continuar tomando medicación".

Sirviéndose de un informe médico de valoración que adjunta, cuantifica los daños y perjuicios sufridos en la cantidad total de doce mil trescientos setenta y seis euros con ochenta y cinco céntimos (12.376,85 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 116 días de "tiempo de sanidad", de los cuales 9 fueron "graves" (676,71 €) y los otros 107 "moderados" (5.577,91 €); 4 puntos de secuelas físicas, 3.239,67 €; 3 puntos de perjuicio estético, 2.381,56 €, e intervención quirúrgica, 501,00 €.

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

2. Mediante escrito de 17 de enero de 2019, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada 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 solicitud del Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 17 de enero de 2019 el Gerente del Área Sanitaria V le remite el "informe de alta sobre la asistencia prestada en el Hospital `Y`" con motivo del ingreso de la reclamante el 27 de diciembre de 2017. En él consta, en el apartado relativo a "evolución y comentarios", que se trata de una "paciente que ingresa por neumotórax yatrógeno en relación con artroscopia de hombro derecho. Inicialmente se colocó un drenaje tipo pleurecath en el Servicio de Urgencias que (...) no funcionó adecuadamente, por lo que se sustituyó por un tubo del n.º 16 con buena evolución posterior, con reexpansión pulmonar sin observarse fístula broncopleurales. Se retira el tubo tras 24 h pinzado sin reaparecer neumotórax".

4. A solicitud del Inspector de Servicios y Centros Sanitarios actuante, el día 24 de enero de 2019 el Director-Gerente del Hospital "X" remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica de la reclamante relativa al proceso de referencia y los informes elaborados por los dos facultativos de los servicios que le prestaron la asistencia cuestionada.

Uno de estos informes aparece firmado por un especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, profesional vinculado al Hospital "X" en régimen de arrendamiento de servicios profesionales. En él consta que la perjudicada ingresa en este centro sanitario el 27 de diciembre de 2017, procedente de la lista de espera quirúrgica, para "artroscopia de hombro por

omalgia derecha persistente” en relación con “un accidente cinegético 4 años antes”. Previamente, en concreto el 31 de agosto de 2017, había sido vista en consulta externa, momento en el cual se le explica “el procedimiento artroscópico”, se responde a sus dudas, se solicita el preoperatorio, firma el consentimiento informado y es incluida en “lista quirúrgica para artroscopia de (hombro derecho)./ Posteriormente fue revisada por el Servicio de Anestesia, que completa (historia clínica), firmándose el consentimiento anestésico y dando sus últimas indicaciones”. En cuanto a la intervención, se señala que “el 27-12-2017 ingresa en (el Hospital `X´) y se sigue el protocolo de comprobaciones de enfermería, pasando a sala de reanimación, donde se presenta su cirujano y el anestesista informándole que previa a anestesia general va a ponerle una inyección en el lado derecho del cuello para mejorar la intervención y el dolor posterior a la cirugía./ El bloqueo troncular interescalénico es un procedimiento de anestesia loco-regional del miembro superior actualmente generalizado en todos los centros, se hace sistemáticamente en la cirugía artroscópica del hombro disminuyendo el sangrado y con ello mejorando la visión de la articulación, lo que disminuye el tiempo operatorio y optimiza el despertar indoloro. Este procedimiento no está exento de riesgos (...), que estadísticamente son muy bajos y que se efectúa con la máxima seguridad con guía electro-ecográfica”. Tras describir la mecánica de la intervención, en la que “no hubo ninguna incidencia”, se consigna que “en el posoperatorio en Reanimación inicia un cuadro de tos persistente e insuficiencia respiratoria, diagnosticándose un neumotórax derecho y decidiendo su traslado hospitalario a `Y´, donde fue tratada por Neumología mediante drenaje torácico y observación, evolucionando favorablemente en los siguientes días, dándose de alta el 5 de enero”. Este informe concluye con un apartado dedicado al “seguimiento clínico en Traumatología”.

El segundo informe está suscrito por el especialista en Anestesiología y Reanimación, que se encuentra vinculado al Hospital “X” mediante contrato indefinido. En él consta que “se trata de una paciente que acudió a quirófano el

día 27-12-2017 para cirugía artroscópica del hombro derecho de forma programada./ A su llegada a Reanimación, tras la monitorización se le realizó un bloqueo interescalénico derecho guiado por neuroestimulación sin dificultades./ Se le realizó anestesia general e intubación orotraqueal sin incidencias (...). Durante el intraoperatorio (...) se mantuvo hemodinámicamente estable y con bajas presiones en el respirador./ Al finalizar la intervención quirúrgica se procedió a despertar a la paciente, con extubación en quirófano y salida del mismo con ventilación espontánea./ A su llegada a Reanimación se constataron saturaciones entre 85-90 %; se le administró Metilprednisolona a dosis de 60 mg y oxígeno por Ventimask al 50 %./ La paciente comenzó con dificultad respiratoria y tos persistente, a la exploración se constató hipofonesis respiratoria en el hemitórax derecho y crepitación subcutánea. Se decidió realizar una radiografía de tórax urgente donde se observaba la aparición de un neumotórax derecho./ Dada la estabilidad clínica, hemodinámica y la necesidad de valoración por el Servicio de Neumología se decidió el traslado en UVI móvil al Hospital `Y´´.

5. Obra incorporado al expediente un informe de la compañía aseguradora de la Administración elaborado el 31 de marzo de 2019 por una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal. En él se razona que "la indicación y técnica de artroscopia con artrolisis anestésica fue correcta. La intervención cursó sin incidencias según hoja quirúrgica. En el posoperatorio inmediato apareció insuficiencia respiratoria secundaria a neumotórax, complicación aunque poco frecuente registrada en los consentimientos informados firmados por la paciente. El manejo, traslado y tratamiento del neumotórax, así como la evolución posterior, fueron correctos sin existencia de secuelas anatómico-funcionales./ El resultado de la artroscopia fue satisfactorio./ En la reclamación se menciona como consecuencia del neumotórax iatrogénico `alteración de la analítica sanguínea´, así como `necesidad de tratamiento anticoagulante´, pero (...) no guardan relación las alteraciones analíticas con la complicación sufrida. Anotar que la toma de anticoagulantes se prescribió con anterioridad a la

intervención y como tratamiento de la TVP sufrida en marzo de 2017./ También se solicita indemnización por secuelas derivadas del estrés postraumático sin que la clínica cumpla criterios ni se haya aportado documentación que la avale”.

Concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos”.

6. Con fecha 5 de junio de 2019, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él destaca 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. 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”. En estas condiciones propone “estimar parcialmente la reclamación (...), reconociendo su derecho a percibir una indemnización económica de 1.500 €”.

7. Evacuado el trámite de audiencia, el día 3 de julio de 2019 la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que se reitera en sus manifestaciones y reseña que “las secuelas derivadas del estrés postraumático existen”, y para su documentación podrían “haber solicitado la historia clínica de la Unidad de Psiquiatría, (de) Gijón, que le pautó la medicación para el trastorno depresivo./ En cuanto nos sea facilitada la misma la aportaremos al expediente, razón por la que solicitamos un plazo de diez días antes de dictar la resolución procedente”.

Finaliza reiterándose en su solicitud inicial de ser indemnizada en la cantidad de 12.376,85 €.

8. El día 9 de agosto de 2019, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en la que, haciendo suyas la valoración y conclusiones del informe técnico de evaluación, propone “estimar parcialmente la reclamación” y reconocer “una indemnización económica de 1.500 €”.

9. Mediante escrito de 3 de septiembre de 2019, esa Presidencia solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el 26 de septiembre de 2019, dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta solicitada y que debe retrotraerse el procedimiento "a fin de evacuar un nuevo trámite de audiencia con la totalidad de las partes interesadas, a las que habrá de poner de manifiesto de manera íntegra la documentación incorporada al procedimiento y, una vez formulada nueva propuesta de resolución, recabar de este Consejo el preceptivo dictamen". Se observa que el trámite de audiencia solo se ha practicado de manera adecuada con la reclamante, no ocurriendo lo mismo ni con la compañía aseguradora ni con el centro sanitario concertado.

10. Evacuado el trámite de audiencia con el Hospital "X" y la correduría de seguros, el 13 de noviembre de 2019 presenta un escrito de alegaciones el Director Gerente del referido centro. En él indica, que "no ha habido falta de información en ningún momento, además en la misma sala de preanestesia se presentaron el cirujano y el anestesista explicándole los procedimientos a los que iba a ser sometida (...). Cabe resaltar (...) que aunque no figura literalmente el neumotórax como una complicación poco frecuente pero posible de la artroscopia de hombro en los consentimientos informados (...) tampoco se hace necesario, pues se indica la posibilidad de sufrir una insuficiencia respiratoria, una de cuyas etiologías es precisamente el neumotórax (...). El diagnóstico, manejo, traslado y tratamiento del neumotórax han sido totalmente correctos y sin secuelas anatomofuncionales (...). No hay evidencia clínica, ni se deduce de los criterios expresados en los diferentes informes médicos (...), de la existencia de un estrés postraumático que requiera medicación. En cambio, sí es constatable en los mismos la existencia de un trastorno depresivo o adaptativo de larga evolución en tratamiento crónico (...)

y seguimiento por la Unidad de Salud Mental de referencia, por lo que no puede tampoco atribuirse la toma de psicótopos a la complicación surgida”.

Con fecha 29 de noviembre de 2019, emite un informe complementario la compañía aseguradora en el que se limita a reiterarse en “las conclusiones del dictamen pericial emitido en fecha 2 de abril de 2019, así como la cuantía de la indemnización”.

11. Evacuado un nuevo trámite de audiencia con la interesada, el 2 de enero de 2020 presenta esta un escrito en el que comunica que se ha presentado recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

12. Con fecha 20 de enero de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas dicta providencia en la que advierte que en el informe complementario de la compañía aseguradora se hace referencia a un dictamen médico-pericial de 2 de abril de 2019 que no fue remitido al órgano instructor, por lo que se procede a “instar el documento para su incorporación al expediente y dar nuevo trámite de audiencia y alegaciones a la parte reclamante”.

En el referido dictamen se concluye que en el consentimiento informado “ni se menciona el neumotórax ni se contempla como complicación de la técnica realizada a la paciente. Por ello, la actuación no habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*, y por lo tanto correspondería estimar parcialmente la reclamación”.

Evacuado un tercer trámite de audiencia con la interesada, esta presenta un escrito el 10 de febrero de 2020 en el que reproduce sus anteriores consideraciones, añadiendo que “la valoración que se efectúa de los perjuicios sufridos (...) es insuficiente, rechazando expresamente el informe pericial aportado porque la estimación debería ser total”.

13. El día 24 de febrero de 2020, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora una nueva propuesta de resolución en términos similares a la anterior, proponiendo “una indemnización económica de 1.500 €” por la materialización de un riesgo típico no contemplado en el documento de consentimiento informado, procediendo ejercitar la subsiguiente acción de reintegro frente al Hospital “X”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de marzo de 2020, 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 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 según 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, de conformidad con 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 del servicio público sanitario. De lo actuado se desprende que los daños que la interesada imputa a la sanidad pública se atribuyen sustancialmente al tratamiento dispensado en el Hospital "X", centro sanitario privado con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud. En tanto que la atención proporcionada en el citado centro lo ha sido como beneficiaria del sistema sanitario público, y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido, el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, tal como este Consejo viene reiterando (por todos, Dictamen Núm. 16/2015 y 218/2019), y ello sin perjuicio de la repetición de los costes a los que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento y en los términos establecidos en el citado convenio.

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 5 de diciembre de 2018, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -la artroscopia que le fue realizada a la interesada- el día 27 de diciembre de 2017, por lo que es claro que ha sido formulada 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.

Ahora bien, 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Sin embargo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente en el expediente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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.- Reclama la interesada el resarcimiento del daño derivado de "una mala técnica artroscópica para intervención de patología de hombro derecho" que le provocó un neumotórax, al que anuda ulteriores padecimientos.

Acreditada la realidad del neumotórax sufrido, debe repararse en que la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica 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 y que es antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que la interesada no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes (por todos, Dictamen Núm. 182/2019), 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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. 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 un defectuoso diagnóstico ni un error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes.

También ha reiterado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, 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. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

En el supuesto examinado, los facultativos informantes rechazan la vinculación entre la artroscopia y algunos de los daños cuyo resarcimiento se impetra -singularmente el trastorno depresivo y la necesidad de tratamiento anticoagulante-, pero admitida la lesión iatrogénica que provoca el neumotórax debe analizarse la invocada infracción de la *lex artis ad hoc*.

Al respecto, la reclamante se limita a describir el curso clínico y a denunciar “una mala técnica artroscópica” sin soporte pericial ni argumental. En los sucesivos trámites de audiencia y a la vista de las periciales incorporadas al expediente su razonamiento se reduce a reiterar aquella imputación imprecisa prescindiendo nuevamente de aportar pericia o elemento probatorio alguno. En suma, inutiliza el procedimiento administrativo en tanto que, según reiterada jurisprudencia, las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica. Tal forma de proceder, como hemos advertido en casos similares (entre otros, Dictamen Núm. 39/2019), resulta reprobable de tratarse de una posposición deliberada de los elementos probatorios, en la medida en que priva tanto a la Administración

frente a la que se reclama como a este Consejo de un análisis contradictorio de los extremos controvertidos y nos obliga, como hemos observado en la Memoria correspondiente al año 2019, a señalar que “nuestro pronunciamiento solo puede sustentarse sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente, todos ellos presentados por la Administración y su compañía aseguradora”.

En las condiciones expuestas, la carencia absoluta de elemento probatorio alguno en torno a la mala praxis que se alega nos aboca a concluir que no se acredita la relación de causalidad entre el daño invocado y la actuación de los facultativos. En efecto, todos los informes periciales obrantes en el expediente -aportados por el centro hospitalario que asiste a la reclamante, la Administración y su compañía aseguradora- coinciden en apreciar que la indicación y técnica de artroscopia con artrolisis anestésica fue correcta, y que la insuficiencia respiratoria secundaria a neumotórax que se presentó en el posoperatorio es una complicación inherente a esa cirugía, aunque poco frecuente.

En definitiva, queda de manifiesto que el daño reclamado constituye la desgraciada materialización de uno de los riesgos típicos de la cirugía artroscópica a la que se sometió la interesada, por lo que no puede reputarse antijurídico, amén de no acreditarse infracción alguna de la *lex artis*.

Merecen singular consideración los eventuales daños no reclamados por la perjudicada en este procedimiento, entre los que se encuentran los derivados del déficit de información sobre los riesgos de la cirugía que se suscita a raíz del informe técnico de evaluación.

No podemos ignorar que los perjuicios por los que aquí se reclama son los ocasionados por la mala praxis en la ejecución de una técnica quirúrgica, pero en el contexto de la imprecisa reclamación que se formula no se incluye el menoscabo de la facultad de elección informada previa a la cirugía. La insuficiencia o ausencia de consentimiento informado es, en todo caso, un daño moral que a tenor de los pronunciamientos judiciales solo es resarcible cuando se concreta el riesgo del que no se informa adecuadamente, anudándose el

perjuicio indemnizable una vez materializado a la probabilidad de que el enfermo se hubiera sustraído de la cirugía practicada de haber conocido oportunamente sus eventuales consecuencias. Tal y como viene señalando este Consejo (entre otros, Dictamen Núm. 26/2017), el consentimiento informado, como ha puesto de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo -ECLI:ES:TC:2011:37-, “constituye una manifestación de la facultad de autodeterminación del paciente -facultad inherente a su derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la Constitución)-, de modo que el daño moral que se anudaría a la insuficiencia de la información suministrada (...) y la antijuridicidad de las lesiones producidas cuando falta el consentimiento informado originan un derecho que solo este puede invocar”.

De la conjunción de esas notas -daño moral y personalísimo- se concluye que su reparación requiere de la pertinente solicitud e invocación por parte de quien lo sufre, sin perjuicio de que esa petición pueda formularse en el trámite postrero de alegaciones -una vez que se pone de manifiesto el déficit informativo- o entenderse en ocasiones embebida en algunas más amplias, pero no en otras distintas, como las deducidas por inadecuado abordaje quirúrgico que constituye en el caso examinado el motivo nuclear de la reclamación.

Este último extremo no puede obviarse. Ciertamente, la petición dirigida al resarcimiento de un daño puede entenderse en ocasiones comprendida en una formulación amplia o difusa que de algún modo la abarca, pero tal como advertimos en la Memoria de este Consejo de 2019 es preciso identificar el proceso patológico o asistencial por el que se reclama, sin que la denuncia de una mala praxis en la ejecución de un tratamiento médico lleve implícita la del menoscabo del ámbito de decisión del paciente, pues versan sobre objetos nítidamente diferenciados y separables. Su apreciación de oficio cuando no se ha invocado por un reclamante, conforme a lo razonado en diversos pronunciamientos judiciales, supondría la introducción de “nuevos hechos y *causa petendi* que (...) no se incluyeron como elementos del daño moral cuya indemnización se pretendía” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid de 6 de febrero de 2017 -ECLI:ES:TSJM:2017:1233-, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 10.^a), lo que en el caso examinado se corrobora a la luz del desglose de conceptos por los que se reclama, que referidos todos ellos al baremo que rige para los accidentes de tráfico no incorporan una pretensión resarcitoria por la lesión de la autonomía del paciente. Incluso su articulación tardía obligaría a dirimir si se acciona dentro de plazo, pues no aprovechándole el previo ejercicio de una pretensión distinta en muchos casos se encontraría incurso en prescripción. De ahí que sea relevante la identificación de los daños reclamados, debiendo la propuesta de resolución abordar en sus razonamientos la separación expuesta.

En el supuesto analizado, el escrito de reclamación se detiene en los perjuicios asociados a la incorrecta indicación o ejecución de la artroscopia, incluyendo daños de etiología moral que se anudan a esa mala praxis y no a una insuficiencia informativa, que no se esgrime. Posteriormente, cuando el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios suscita la “falta de información” la pretensión resarcitoria no varía, limitándose la reclamante en los sucesivos trámites de audiencia a comunicar la interposición de recurso contencioso-administrativo y a consignar su expreso rechazo a las periciales que sustentan la reparación del daño derivado de la omisión informativa.

En estas condiciones -visto que las alegaciones de la reclamante se reducen a repeler sucintamente aquellos informes, sin incorporar a su pretensión resarcitoria el daño moral suscitado-, se estima que no procede su indemnización, y no ya por un imperativo de congruencia sino porque ese perjuicio -por la misma naturaleza y significación- no puede dissociarse de la instancia de quien lo padece. No se desconoce que la responsabilidad patrimonial puede impulsarse de oficio, pero tratándose de un padecimiento moral asociado a la hipotética aceptación o rechazo de un tratamiento, se estima que no puede la Administración suplantar al perjudicado que desdeña aquella hipótesis y no la invoca como hecho lesivo.

La anterior consideración exime de despejar si el documento de consentimiento informado debió incluir expresamente el riesgo de neumotórax

o si, tal como se aduce en el último informe del Hospital "X", debe entenderse comprendido en "la posibilidad de sufrir una insuficiencia respiratoria" sin necesidad de individualización.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, debe desestimarse la reclamación presentada por

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.