

Dictamen Núm. 130/2021

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de julio de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 18 de mayo de 2021 -registrada de entrada el día 24 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del tratamiento de una lesión de codo en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 17 de febrero de 2020 se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el interesado en una oficina de correos -en fecha que no consta, por resultar ilegible el sello- por los daños sufridos a consecuencia del abordaje terapéutico de una lesión de codo.

Expone que el 5 de diciembre de 2014 sufre una “caída con luxación de codo izquierdo y fractura de coronoides” cuyo tratamiento y seguimiento es asumido por el Servicio de Traumatología del Hospital, Refiere que en una resonancia magnética realizada el 5 de noviembre de 2015 se observa “por

delante de la apófisis coracoides fragmento óseo libre de aproximadamente 1 centímetro, sin signos de edema óseo en el fragmento ni en la coracoides. Por lo demás, no se visualizan anomalías osteocondrales significativas en el esqueleto óseo. No hay derrame articular. No se objetivan alteraciones afectando a los ligamentos del compartimento medial ni lateral, ni tampoco a los tendones conjuntos de los músculos flexores y extensores. Las inserciones del tríceps, bíceps y músculo braquial no muestran alteraciones". Indica que en una exploración con rayos X realizada el 28 de abril de 2016 se describe un "mínimo fragmento epicóndilo lateral" y que en una nueva resonancia magnética informada el 21 de octubre de 2016 se aprecia que el codo está "dentro de los límites normales".

Señala que con fecha 2 de diciembre de 2016 se le practica en el mismo hospital una artroscopia "con liberación anterior de adherencias y capsulotomía anterior y posterior + trigón", y que el 29 de enero de 2019 se emite informe por el Servicio de Rehabilitación en el que se anota que el paciente "no es llamado hasta el 13 de diciembre de 2017 por nuestra lista de espera, realiza tratamiento rehabilitador (...) con nula mejoría subjetiva y funcional. Estabilización clínica, lo peor 70º de flexión del codo izquierdo. Derivo a Trauma para valorar nuevas operaciones quirúrgicas". Precisa que el 18 de febrero de 2019 se practica una cirugía de "artrolisis abierta por doble vía (lateral y posterior)" cuya finalidad es solucionar la "rigidez de codo en flexo" que presenta tras la intervención anterior.

Refiere que tras la última intervención "comienza a presentar dolor y graves signos clínicos de daño neuropático", por lo que se realizan electromiografías que evidencian una axonotmesis del nervio mediano izquierdo de carácter muy severo, asumiéndose en una anotación de curso clínico del Servicio de Rehabilitación -según afirma- la "relación causal entre la axonotmesis severa del mediano izquierdo y la intervención quirúrgica de febrero de 2019".

Tras poner de manifiesto que ha solicitado infructuosamente en varias ocasiones la documentación clínica completa relativa al citado proceso, destaca que no se le informó antes de la cirugía practicada en febrero de 2019

“del riesgo de que se materializaran las graves lesiones que actualmente sufre”, y que “aunque se entregó al paciente un documento para su firma” el mismo “podría ser utilizado para cualquier tipo de intervención y no cumple los mínimos exigibles”. Afirma que “la ausencia de consentimiento informado (...) supone un daño moral grave por sí mismo, independientemente de que dicho riesgo se concrete o no”, y que “se ha producido, por tanto, en este supuesto un daño al reclamante que debe ser susceptible de indemnización”.

Solicita que se incorporen al expediente “las notas de curso clínico emitidas por el Servicio de Traumatología y toda la documentación relacionada con la intervención quirúrgica de 18 de febrero de 2019, especialmente la hoja o informe de intervención quirúrgica para poder efectuar un análisis de si, además de una ausencia de consentimiento informado, ha concurrido una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y las graves lesiones posquirúrgicas que actualmente presenta”, y difiere la evaluación económica de dichas lesiones al momento en que dicha documentación sea traída al expediente, precisando no obstante que, adicionalmente, demanda una indemnización de 10.000 € en concepto de “daños morales” irrogados al no haber sido informado debidamente de los riesgos de la operación.

Adjunta a su escrito, entre otros documentos, una copia de varios informes médicos relativos al proceso de referencia, de dos solicitudes de acceso a la historia clínica presentadas en el Hospital y de un documento de consentimiento informado para la intervención quirúrgica de “artrolisis codo I + cupulectomía ¿?” suscrito por el médico y el paciente el día 13 de septiembre de 2018.

2. Previa petición formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios, el 17 de abril de 2020 el Gerente del Área Sanitaria V le remite un CD que contiene una copia de la historia clínica del paciente.

3. Mediante sendos oficios de 3 y 12 de junio de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas requiere al

interesado para que en el plazo de diez días “subsane la reclamación presentada y determine las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial y el momento en que la lesión efectivamente se produjo”, con la advertencia de que “si así no lo hiciera se le tendrá por desistido en su reclamación”, y le traslada un CD que contiene su historia clínica en el Hospital

4. El día 23 de junio de 2020 el interesado presenta en una oficina de correos un escrito de subsanación en el que concluye, “tras el análisis de la documentación clínica remitida”, que “la asistencia prestada al reclamante también fue inadecuada” con base en las “siguientes consideraciones médico-legales (...): Al existir un fragmento intraarticular estaba indicado intervenirlo quirúrgicamente de inicio para retirarlo e intentar sintetizar la coronoides (para asegurarlo se precisa ver forma, tamaño y localización del fragmento en las pruebas de imagen) (...). Lo que en cualquier caso era necesario era retirar los fragmentos intraarticulares pues (...) provocan dolor, limitación de funcionalidad y evolución a artrosis (...). Con pérdida de movilidad constatada es correcto indicar una artroscopia para liberar (...). Tras realizar la artroscopia de 2-12-2016 para mejorar la movilidad (artrolisis) es imprescindible realizar de forma muy preferente la rehabilitación porque si no no se conseguirá un rango de movilidad funcional y se perderá todo lo que se haya ganado con la cirugía (...). En el presente caso se tardó un año en dar rehabilitación (se inicia el 13-12-2017), lo que significó que la cirugía de artroscopia no sirvió para nada, por lo que plantean cirugía abierta que se realiza en febrero de 2019 (más de dos años tras la artroscopia), lo que conlleva que la rigidez estaba por tanto plenamente establecida y que la cirugía iba a ser compleja con francos riesgos de lesión vasculonerviosa”.

Cuantifica la indemnización que solicita en ciento ocho mil doscientos setenta y ocho euros con sesenta céntimos (108.278,60 €), que desglosa en 19 puntos de secuelas (lesión incompleta del nervio mediano izquierdo a nivel del antebrazo, limitación de la flexión y extensión del codo y secuelas

estéticas), 1.059 días de incapacidad temporal de carácter moderado, la indemnización correspondiente a la operación de artroplastia abierta, el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida leve y 10.000 € por “el daño moral integrado por la falta de consentimiento informado, más los intereses devengados desde la fecha de la reclamación en vía administrativa”.

Interesa, por otra parte, que se incorporen al expediente los estudios de imagen de radiodiagnóstico realizados.

5. Con fecha 29 de junio de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los efectos de una eventual falta de resolución expresa en plazo.

6. Mediante oficio de 2 de julio de 2020, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V una copia de los estudios de imagen realizados al paciente y los informes de los Servicios de Traumatología y de Rehabilitación sobre el contenido de la reclamación presentada.

7. Con fecha 21 de julio de 2020, el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio instructor la documentación solicitada, entre la que se encuentran los informes librados por la Jefa del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología y por el Jefe del Servicio de Medicina Física y Rehabilitación los días 13 y 14 de julio de 2020, respectivamente.

Se explica en el primero de ellos que “la cirugía de artroplastia en una articulación previamente dañada depende no solo de la pericia del profesional, sino de las condiciones anatómicas y de las deformidades anatómo-patológicas del terreno enfermo en el que se realiza la intervención, pudiendo ocasionarse lesiones neurológicas o vasculares durante su realización (...). La complicación sufrida es y seguirá siendo inevitable en un porcentaje escaso de estos pacientes que tiene que ser asumida como inherente al procedimiento y no a

la mala praxis./ En cuanto a la idoneidad del consentimiento informado, efectivamente existe en la historia clínica un documento firmado el 13 de septiembre de 2018 (...). Por tanto, parece incorrecto afirmar que no existe consentimiento informado firmado, si bien es cierto que en este no se especifican de manera detallada las complicaciones probables de esta cirugía tan específica, entre las que se encuentra la lesión neurológica”.

En el informe del Servicio de Medicina Física y Rehabilitación se concluye que “hubo una demora en el inicio del tratamiento rehabilitador tras la primera intervención no acorde con el diagnóstico ni con el ritmo programado, y que pudo deberse a la elevada lista de espera de tratamiento en nuestro Servicio. Desconocemos en qué medida pudo haber influido en la mala evolución, necesitando una segunda intervención. No obstante, en todo momento se garantizó la continuidad asistencial”.

8. El día 4 de noviembre de 2020, una abogada que actúa en nombre y representación del interesado traslada al Servicio instructor una copia del poder notarial para pleitos otorgado a su favor por el reclamante.

9. Obra incorporado al expediente, a continuación, el informe pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración por un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología y por un máster en Peritaje Médico con fecha 2 de enero de 2021. En él, tras revisar la historia clínica, explican que “la gran mayoría de las luxaciones de codo se tratan mediante tratamiento conservador con inmovilización durante 3-4 semanas y posterior terapia conservadora”, reservándose el tratamiento quirúrgico para “luxaciones irreductibles o no reductibles mediante métodos cerrados./ Inestabilidad tras reducción cerrada de luxación./ Fracturas asociadas que sean susceptibles de tratamiento quirúrgico, como son la fractura de húmero distal, la tríada maligna de codo (luxación de codo + fractura de cabeza radial + fractura de apófisis coronoides), fractura de Monteggia, etcétera”.

Respecto de la fractura de la apófisis coronoides, señalan que se clasifica en tres tipos, según afecten únicamente a la punta de la apófisis (tipo

I), a menos del 50 % de la apófisis (tipo II) o a más del 50 % (tipo III), e indican que "la decisión de operar o no (...) se basa en las lesiones asociadas (...) y en la valoración de la estabilidad del codo, así como en el morfología y el desplazamiento de los fragmentos./ En caso de duda es más importante restaurar la función de los ligamentos colaterales que reconstruir la apófisis coronoides, ya que los ligamentos ocupan un rol más importante en la estabilidad del codo./ Las fracturas de coronoides que se intervienen quirúrgicamente son aquellas que están asociadas (a) fractura de cabeza radial o rotura de ligamentos asociados, debido a que pueden originar inestabilidad del codo y luxaciones de repetición". Exponen que, siguiendo a Morrey, "el tratamiento conservador está indicado en las fracturas tipo I y II sin asociar inestabilidad de codo y el tratamiento quirúrgico en las fracturas tipo III ya que suelen asociar inestabilidad del codo". Manifiestan que la tasa de complicaciones secundarias a luxaciones de codo y fractura de apófisis coronoides "es elevada", siendo las más frecuentes la rigidez articular, inestabilidad crónica, artrosis postraumática y osificación heterotópica. Afirman que "el origen traumático es la causa más común de rigidez de codo" y que "aproximadamente un 12 % de las lesiones que sufre el codo (...) acabarán con contracturas capsulares que requieran un tratamiento quirúrgico".

Entrando al análisis del caso concreto, consideran que la indicación de realizar tratamiento conservador "fue acorde a los conocimientos descritos en la bibliografía científica sobre esta patología", y que la rigidez "es una complicación secundaria a la propia fractura-luxación que sufrió y no secundaria al tratamiento conservador". Detallan que "el tratamiento inicial de la rigidez de codo debe ser conservador para recuperar la movilidad y función articular en rango óptimo (...), explicando al paciente que la movilidad completa del codo casi nunca se recupera. En caso de fracaso del tratamiento conservador tras al menos 6 meses de tratamiento rehabilitador se debe plantear el tratamiento quirúrgico de manera obligatoria, cuyo objetivo es conseguir el arco funcional de movimiento no doloroso, explicando al paciente (...) que el rango de movimiento total no se conseguirá".

Señalan que el paciente presentaba una rigidez de codo establecida de "aproximadamente 60° (...), en el límite entre moderado/grave de la clasificación de Alfaro. Por tanto, la indicación quirúrgica de artrolysis fue adecuada y obligatoria", si bien debe tenerse en cuenta que la tasa de "complicaciones asociadas a la técnica quirúrgica" puede ascender "hasta un 23 %", siendo las más frecuentes "las lesiones nerviosas (nervios mediano, radial y cubital), osificación heterotópica, problemas de cicatrización y fibrosis, entre otras". Sostienen que "la decisión de realizar primero tratamiento artroscópico" fue "totalmente correcta debido a que la tasa de complicación es menor y se han obtenido en diversos estudios resultados buenos, equiparables a los de artrolysis abierta", y que "la indicación de reintervenir quirúrgicamente y realizar nueva artrolysis, esta vez mediante técnica abierta tras el fracaso terapéutico de la artrolysis artroscópica, es totalmente adecuada". Entienden que, puesto que el paciente firmó los documentos de consentimiento informado de ambas cirugías, en los que se deja constancia de que se le informa del tratamiento a realizar y de los riesgos que conlleva, "no existe falta del deber de información".

Por último, rechazan que las lesiones que presenta el perjudicado puedan imputarse a un retraso en el inicio de la fisioterapia, pues "el resultado terapéutico de la segunda cirugía (...) fue similar al de la artrolysis artroscópica a pesar de realizarse rehabilitación de manera inmediata. El origen de las lesiones se encuentra en el accidente sufrido por el reclamante, necesidad de las intervenciones médicas, así como los riesgos inherentes a cualquier tipo de intervención quirúrgica".

10. Mediante oficio notificado al interesado el 19 de marzo de 2021, la Jefa de la Sección de Apoyo de la Dirección General de Política y Planificación Sanitarias le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Con fecha 7 de abril de 2021, la representante del perjudicado presenta en una oficina de correos un escrito al que adjunta el informe pericial elaborado por una especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica y master

en Pericia Médica y Valoración del Daño Corporal. En él se señala que el paciente presentaba, a resultas de la caída sufrida el 5 de diciembre de 2014, una fractura intraarticular de la apófisis coronoides desplazada “con fragmento de tamaño suficiente para ser sintetizado, por lo que resultaba preceptivo intervenir (...), realizándose una reducción y osteosíntesis de la fractura con retirada de los fragmentos intraarticulares no sintetizables”, pues “el no sintetizar el fragmento conlleva no solo que la articulación quede incompleta y por tanto con clara predisposición a una evolución futura hacia la artrosis, sino también aumenta el riesgo de inestabilidad de codo y la posibilidad de que el fragmento desplazado quede intraarticular (bloqueando la articulación, produciendo pérdida de movilidad, dolor y favoreciendo aún más el desarrollo de artrosis)”. Afirma que “por no realizar la cirugía la evolución del paciente es tórpida con desarrollo de dolor y pérdida de movilidad, precisando operarse el día 2-12-2016 (al año de la fractura) realizando una cirugía (artroscopia) que por el tiempo de evolución ya era solo meramente paliativa de secuelas”, y que “tras realizar la artroscopia para tratar de mejorar la movilidad y siendo imprescindible realizar de forma muy preferente la rehabilitación (porque si no se conseguirá un rango de movilidad funcional y se perderá todo lo que se haya ganado con la cirugía), en el presente caso se tardó un año en dar rehabilitación, lo que significó que la cirugía de artroscopia no sirvió para nada”. Apunta que para la última cirugía, la de artrolisis abierta practicada más de 4 años después de la fractura, se aporta un consentimiento genérico donde ni siquiera se pone que es abierta, y donde no se detallan los importantes riesgos de lesión vasculo nerviosa que conlleva intervenir un codo con rigidez plenamente establecida”.

Concluye que, a su juicio, “los facultativos que siguieron y trataron al paciente no actuaron acorde a la *lex artis*”.

11. Con fecha 21 de abril de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma que “atendiendo a las imágenes de Rx y TAC la indicación de realizar tratamiento conservador fue

acorde a los conocimientos descritos en la bibliografía científica sobre esta patología, ya que se trata de una luxación de codo asociada a fractura de coronoides asilada, tipo II de la clasificación de Morrey, sin otras fracturas asociadas y con perfecta congruencia articular posreducción. El tratamiento conservador consiste en la inmovilización durante 3-4 semanas y posterior rehabilitación. El paciente fue inmovilizado durante 4 semanas, comenzando a movilizar codo a partir del 09-01-2015 y posteriormente es derivado al Servicio de Rehabilitación, quien pautó (el) tratamiento oportuno”, por lo que entiende que “la indicación del tratamiento conservador, su ejecución y seguimiento fueron completamente correctas”.

Razona que “el origen traumático es la causa más común de rigidez de codo. Las fracturas intraarticulares, las luxaciones y las fracturas-luxaciones y sus secuelas, aún bien tratadas, son la causa más común de la rigidez de codo (...). Aproximadamente un 12 % de las lesiones que sufre el codo (...) acabarán con contracturas capsulares que requieran un tratamiento quirúrgico”, y manifiesta que la rigidez de codo que presentó el reclamante “es una complicación secundaria a la propia fractura-luxación que sufrió y no secundaria al tratamiento conservador que se le realizó”.

Indica que, “instaurada la rigidez postraumática de codo, la elección terapéutica ha sido la artrolisis mediante cirugía abierta” que, aunque suele proporcionar buenos resultados, tiene “hasta un 23 % de tasa de complicaciones, siendo las más frecuentes las lesiones nerviosas”, y señala que en el caso concreto la complicación neurológica “fue identificada de forma rápida, solicitándose la prueba pertinente en el primer control ambulatorio, e igualmente fueron puestas en marcha las medidas adecuadas para su subsanación, pues el paciente estaba realizando rehabilitación y se cursó interconsulta al Servicio de Cirugía Plástica de por si procediese alguna otra actitud, descartándose la revisión quirúrgica por parte de este Servicio ante la evolución del EMG. Esta complicación sufrida es y seguirá siendo inevitable en un porcentaje escaso de estos pacientes que tiene que ser asumida como inherente al procedimiento y no a la mala praxis”.

En cuanto al retraso en el inicio de la rehabilitación tras la cirugía abierta, pone de relieve que el propio Servicio de Rehabilitación reconoce que “hubo una demora en el inicio del tratamiento rehabilitador tras la primera intervención no acorde con el diagnóstico ni con el ritmo programado, y que pudo deberse a la elevada lista de espera”. Sin embargo, el retraso terapéutico “no ha sido la causa del resultado final”, pues la situación del paciente tras la última cirugía es “similar al de la artrolysis artroscópica a pesar de realizarse rehabilitación de manera inmediata”.

Finalmente, en cuanto al consentimiento informado, considera que “es incorrecto afirmar que no existe consentimiento (...), si bien es cierto que en este no se especifican de manera detallada las complicaciones probables de esta cirugía tan específica, entre las que se encuentra la lesión neurológica”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de mayo de 2021, 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 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 el interesado activamente legitimado 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, que se presenta en fecha que no consta por resultar ilegible el sello de la oficina de correos, se recibe en el Servicio instructor el día 17 de febrero de 2020, en tanto que los daños reclamados se imputan a diversas decisiones asistenciales adoptadas para el tratamiento de una luxación de codo y fractura de coronoides sufrida el 5 de diciembre de 2014 que se prolonga durante cuatro años, y cuyo último hito es la cirugía de artroplastia practicada el 18 de febrero de 2019, por lo que es claro que se acciona 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, aun teniendo en cuenta la suspensión de dicho plazo entre el 14 de marzo y el 1 de junio de 2020, en virtud de lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus prórrogas, y en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “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.- El interesado presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de los daños que atribuye a diversas decisiones asistenciales adoptadas en el tratamiento de una lesión de codo por parte del servicio público sanitario. Tales daños son tanto de carácter físico como moral, este último derivado de la lesión del derecho a la autonomía del paciente por omisión del deber de información previo a la práctica de la cirugía de artroplastia el día 18 de febrero de 2019.

Está acreditado en el expediente que el paciente presenta secuelas físicas. En cuanto al daño moral, discuten las partes si, atendido el tenor del documento de consentimiento informado que obra en la historia clínica, puede considerarse probado que se cumplió con el deber médico de información. El

citado documento es un formulario preimpreso tipo, suscrito por el médico y el paciente, en el que se omite cualquier referencia a la finalidad de la intervención, sus riesgos, consecuencias y alternativas terapéuticas, y que incluye por todo contenido los siguientes párrafos “Declaro que he sido informado de mi diagnóstico y de la indicación quirúrgica, de los riesgos del procedimiento y de su necesidad, que me han explicado las posibles alternativas y que sé que, en cualquier momento, y sin necesidad de dar ninguna explicación, puedo revocar el consentimiento./ Por ello, manifiesto que estoy satisfecho con la información recibida, he comprendido su contenido, he podido formular toda clase de preguntas que he creído conveniente y me han aclarado todas las dudas planteadas y que comprendo el alcance y los riesgos de la intervención”.

Constituye doctrina reiterada del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 21 de marzo de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:2805-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) que el deber de información al paciente no ha de despacharse mediante el recurso a un “mera rutina formularia” sino que, por el contrario, conlleva la carga de transmitirle de forma exhaustiva, precisa y personalizada los datos relativos al diagnóstico, pronóstico, alternativas terapéuticas, en su caso, y riesgos previsibles de la intervención propuesta, para que pueda participar en las decisiones que afectan a su salud, incluidas las de sopesar la posibilidad de sustraerse o demorar un determinado tratamiento por razón de sus riesgos, contrastar el pronóstico con otros facultativos o acudir a un centro distinto. Únicamente “en caso (de) que el riesgo sea atípico, es decir imprevisible o anómalo, de los que no se producen habitualmente en el tipo de intervención, no cabría incluirlo entre los riesgos que deben ser informados al paciente” (Sentencia de 15 de marzo de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:1084-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

La obligación de documentar por escrito que se ha informado al paciente tiene como finalidad la de “dejar la debida constancia de su existencia y contenido”, permitiendo a la Administración la acreditación de que ha “cumplido de manera adecuada la obligación”, habida cuenta de que pesa

sobre ella la carga la prueba, como se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:6360- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

En el caso que nos ocupa, entendemos que el documento que obra en el expediente no acredita que se haya cumplido aquel deber de forma adecuada, esto es, suministrando información precisa y suficiente para que el paciente pudiera formarse un juicio exacto del alcance de la intervención propuesta, sus riesgos y las alternativas terapéuticas existentes, en su caso, y decidir en consecuencia, dado que, tal como se refleja en el informe aportado por la compañía aseguradora, la lesión iatrogénica del nervio mediano se produce hasta en un 23 % de los pacientes intervenidos. Por ello, hemos de tener por acreditado el daño moral reclamado por tal causa, dejando por ahora al margen cuál deba ser su concreta valoración económica, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

En cuanto a los daños físicos, ha resultado probado que a la finalización del proceso asistencial el paciente presenta como secuelas una lesión del nervio mediano y limitaciones en la movilidad de la articulación. Ahora bien, la mera constatación de este daño, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ha señalado este Consejo Consultivo en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 218/2019), 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 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 concretos.

Por tanto, para poder apreciar si el daño alegado por el 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 es criterio de este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 146/2019) 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*). 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. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

Los reproches del reclamante referentes a la intervención técnica se encuentran soportados en la pericia de una especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica y se ciñen al abordaje terapéutico inicial de la lesión que la doctora considera erróneo pues, a su juicio, la *lex artis* imponía la práctica inicial de una cirugía de reducción y osteosíntesis de la fractura de coronoides, sin efectuar consideración alguna sobre la técnica empleada en las operaciones realizadas con posterioridad. Señala este informe pericial que la

tórpida evolución del paciente y la necesidad de sucesivas cirugías de corrección derivan de la decisión de tratar la luxación de codo y la fractura de la apófisis coronoides de forma conservadora en lugar de optar desde un inicio por la opción intervencionista, y que la demora en recibir tratamiento rehabilitador contribuyó asimismo a la falta de recuperación de la movilidad de la articulación. Frente a las aseveraciones contenidas en la citada prueba aportada por el interesado, que no se afirman avaladas en reglas de consenso científico ni en máximas de experiencia sino únicamente en el criterio personal de su autora, se alza el informe librado a instancias de la entidad aseguradora, en el que se manifiesta que la decisión de tratar de forma conservadora la lesión se ajusta a la buena praxis según criterio científico, habida cuenta del tamaño de la fractura (tipo II de Morrey), la morfología y el desplazamiento del fragmento de coronoides roto y la integridad de otras estructuras óseas y ligamentosas. Rechazan estos especialistas que las limitaciones que presenta el paciente en la movilidad de la articulación se deban a un erróneo planteamiento del abordaje terapéutico, sino al propio traumatismo, pues -según señalan- después de una fractura-luxación de codo como la sufrida por el paciente la movilidad completa de la articulación casi nunca se recupera e incluso en un porcentaje significativo de pacientes (el 12 % aproximadamente) la lesión evoluciona con formación de contracturas capsulares que requieren ser corregidas mediante posterior abordaje quirúrgico. Los peritos consideran adecuadas las decisiones quirúrgicas posteriores y destacan que la lesión iatrogénica del nervio mediano que sufrió el paciente se produce, hasta en un 23 % de los pacientes intervenidos, aun empleándose una técnica quirúrgica irreprochable. Finalmente rechazan que el retraso en el inicio del tratamiento rehabilitador haya podido tener influencia en el resultado final, ya que el efecto terapéutico de la segunda cirugía fue similar al de la primera a pesar de realizarse rehabilitación de manera inmediata.

En la confrontación de las pruebas periciales procede recordar, tal como hemos señalado en ocasiones precedentes (por todas, Dictamen Núm. 31/2021), que "la jurisprudencia viene razonando de forma constante que la fuerza probatoria de los informes periciales reside en gran medida en su

fundamentación y coherencia interna, en la mayor especialización de quien los formula y en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes pues, `naturalmente, en la ponderación no es suficiente la mera constatación del criterio cuantitativo´, debiendo acudir a ´un criterio valorativo´ que conduce a postergar la pericial que omite el análisis `de todo el conjunto de datos que contextualizaban la situación´ del paciente (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019 -ECLI:ES:TS:2019:1135-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Por ello no cabe atribuir mayor fuerza de convicción a lo reseñado por las periciales construidas *ex post facto* que a lo dictaminado por los técnicos que se detienen en las circunstancias concurrentes al tiempo del diagnóstico”.

Por otra parte, habida cuenta de que la demora en el inicio de la rehabilitación se debió, según asume el servicio responsable, a la existencia de una abultada lista de espera, no ha de olvidarse que, tal y como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 114/2016 y 17/2017), mientras que en la sanidad privada es el mercado el que ajusta la relación entre oferta y demanda a través del coste soportado por los pacientes, con lo que se reduce el volumen de usuarios y, por tanto, el tiempo de demora, la realidad de las listas de espera en la sanidad pública es inevitable, ya que esta ha de atender, con medios limitados, a un gran volumen de pacientes cuyo número no puede reducir, pues lo son, al menos potencialmente, “todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español”, según se establece en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

A la vista de ello, debemos concluir que no resulta acreditada una mala praxis en el abordaje terapéutico del paciente desde el punto de vista técnico, el cual fue adecuado a sus circunstancias, por lo que los daños materiales reclamados no están conectados con un funcionamiento anormal del servicio público sino que derivan del propio traumatismo causante de la lesión.

Ahora bien, la pretensión resarcitoria del reclamante debe prosperar respecto al daño moral irrogado al practicársele la última cirugía sin haberle

facilitado cumplida información acerca de los riesgos de la intervención, que acabarían por materializarse en la axonotmesis del nervio mediano. En consecuencia, la Administración viene obligada a indemnizarle por este daño, que entraña una lesión del derecho de autodeterminación del paciente y es antijurídico.

SÉPTIMA.- En su solicitud el interesado solicita una indemnización por el daño moral derivado de la omisión del consentimiento informado que cuantifica en 10.000 €. Esta cantidad parece excesiva en la medida en que resulta del expediente que los daños sufridos como consecuencia de la intervención en la que se omitió el consentimiento no fueron determinantes de su estado actual.

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. A la hora de fijar la cuantía indemnizatoria debemos tener presente, como hemos señalado en el Dictamen Núm. 48/2019, que los efectos que originan 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 cantidad a tanto alzado y en otros por lo que el Tribunal 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, que precisa que “el daño que fundamenta la responsabilidad (...), atendidas las circunstancias de este caso”, es “el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado”.

Al objeto de fijar la cuantía indemnizatoria en el caso examinado debemos tener en cuenta que la limitación que se pretendía solventar con la intervención no era menor (rigidez de codo en flexo), y puesto que no consta en el expediente que existieran otras alternativas terapéuticas para resolverla, podemos razonablemente presumir que las posibilidades de que el paciente

hubiera rechazado la cirugía de haber sido informado debidamente eran mínimas o remotas. Por ello, estimamos que el *quantum* resarcitorio por el daño ocasionado puede aquí fijarse, a prudente arbitrio y a la vista de precedentes análogos, en la cantidad de 3.000 €.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, en consecuencia, estimar parcialmente la reclamación presentada, indemnizando a en los términos anteriormente señalados.”

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.