

Dictamen Núm. 240/2022

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 13 de octubre de 2022, 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 29 de marzo de 2022 -registrada de entrada el día 13 del mes siguiente-, y una vez atendida la diligencia para mejor proveer cursada, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por las quemaduras sufridas durante la realización de una artroscopia en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 24 de septiembre de 2021 un abogado, como mandatario verbal del interesado, presenta en el Registro Electrónico de la Administración una reclamación de responsabilidad patrimonial por las quemaduras sufridas el día 24 de septiembre de 2020 en el Hospital, cuando se le estaba realizando una cirugía artroscópica del hombro derecho.

Refiere que “durante la intervención se produjo de manera involuntaria una importante quemadura cerca de la axila del brazo derecho” que, “al

margen de importantes dolores y de retrasar la completa recuperación del paciente, le ha dejado una importante cicatriz en el brazo”.

Indica que como consecuencia de ello “tuvo que asistir a diversas curas (...) durante los meses de octubre y noviembre de 2020”, y precisa que “al haber sido causada la lesión y sus secuelas por una actuación del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) (intervención quirúrgica en la que no se debería haber producido quemadura alguna) se reclama a la Consejería de Sanidad el abono de la indemnización de daños y perjuicios que corresponda”.

Anuncia “la futura aportación” de un “informe de valoración de las secuelas y daños padecidos por el reclamante para fijar el montante de la indemnización final que se reclamará”.

Adjunta diversa documentación acreditativa del episodio clínico que se cuestiona.

2. Mediante oficio de 29 de septiembre de 2021, la Jefa de la Sección de Apoyo de la Dirección General de Política y Planificación Sanitarias le comunica la necesidad de proceder a la acreditación de la representación que alega.

El día 25 de octubre de 2021, el representante del interesado presenta en el Registro Electrónico de la Administración un escrito en el que, sirviéndose del informe médico-pericial que acompaña, valora los daños y perjuicios sufridos en la cantidad total de seis mil novecientos noventa y ocho euros con trece céntimos (6.998,13 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 54 días de perjuicio personal básico, 1.744,74 €, y seis puntos de secuelas por perjuicio estético ligero, 5.253,39 €.

Asimismo, atendiendo al requerimiento efectuado, adjunta un justificante de aceptación de apoderamiento del Registro Electrónico de Apoderamientos, emitido por el perjudicado en su favor el día 6 de octubre de 2021, y copia del informe pericial al que alude.

3. El día 27 de octubre de 2021, 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 plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Previa petición formulada por la Instructora Patrimonial, el 22 de noviembre de 2021 la Gerencia del Área Sanitaria VIII le remite un CD que contiene una copia de la historia clínica del paciente y el informe elaborado el 15 de noviembre de 2021 por un facultativo del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital En este último consta que “el 24-09-20 se procede a intervención quirúrgica consistente en acromioplastia anterior + tenotomía PLB + Mumphord artroscópico de hombro derecho a través de 3 portales artroscópicos en hombro (segunda intervención de dicho hombro). La cirugía se desarrolla sin ninguna incidencia y en las curas posoperatorias se aprecia una lesión dérmica de unos 6 x 1 cm de forma alargada e irregular en cara medial de tercio proximal de brazo derecho (por debajo de axila) con pérdida cutánea yatrogénica y etiología desconocida, probablemente relacionado con el adhesivo de la tracción cutánea de MSD que se coloca durante el acto quirúrgico y su asociación con el betadine. Dicha lesión ha sido controlada en consultas externas con curas periódicas y buena evolución, y se remite para últimas curas a su centro de salud el 19-11-20, siguiendo su control en consultas de (Cirugía Ortopédica y Traumatología) de la intervención del hombro. Dicha lesión no supuso ningún retraso en la evolución de su patología, y como se comprueba en las notas empezó a mover a los 8 días de la intervención quirúrgica”.

5. Con fecha 4 de febrero de 2022, la Instructora Patrimonial incorpora al expediente un informe técnico de evaluación. En él señala que “para el abordaje quirúrgico del hombro por vía artroscópica se inyecta suero en la articulación y se emplea un vaporizador para la limpieza del área de trabajo. El vaporizador produce calor y, por tanto, calentamiento del suero que se encuentra en la articulación. Este dispositivo dispone de un sistema de drenaje

para evacuar el suero de la articulación y evitar el calentamiento de la misma./ En el caso que nos ocupa probablemente, bien por la salida del suero por el portal de trabajo de la artroscopia más declive o bien el sistema de drenaje del vaporizador, se drenó el suero por gravedad sobre la zona interna del brazo, favorecido por la posición quirúrgica (...) a la que se sometió el paciente por vía artroscópica, que en virtud de la bibliografía médica al respecto figura descrita como `complicación inusual`, descubierta habitualmente en la primera cura posoperatoria y tratada de forma conservadora, cuyas secuelas son las inherentes a la cicatrización de una quemadura cutánea sin repercusiones articulares de dolor o rigidez./ El espectro del proceso de la cicatrización (...) puede ser normal, cicatriz normotrófica, o presentar cambios mínimos con la formación de cicatrices atróficas, hasta cambios excesivos que dan origen a cicatrices hipertróficas y queloides. Según el informe pericial presentado por el interesado, a fecha de emisión del mismo, 13-10-2021, presenta una cicatriz hipertrófica de 10 x 3 cm que evidencia un proceso de cicatrización normal”.

Entiende que, “no apreciándose los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (...), la reclamación (...) debe ser desestimada”.

6. Mediante oficio notificado al representante del perjudicado el 22 de febrero de 2022, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, y le adjunta una copia de lo actuado hasta ese momento.

El día 8 de marzo de 2022, presenta este en el Registro Electrónico de la Administración un escrito de alegaciones en el que, a la vista del informe técnico evaluación, considera que concurren en el presente supuesto los requisitos legalmente establecidos para la declarar la responsabilidad de la Administración.

Tras expresar su sorpresa por el hecho de que en el citado documento “se indique que se debe desestimar la reclamación por tratarse de una complicación inusual”, sostiene que “aunque así fuera lo que está claro es que

se dan los tres requisitos enumerados y que se reconoce expresamente su concurrencia por la actuación quirúrgica”.

Añade que “no se niega (en principio) que la intervención fuera más o menos correcta. Pero lo que está claro es que cualquier funcionamiento normal o anormal de un servicio público que genere un daño que el administrado no tiene la obligación jurídica de soportar genera la responsabilidad de la Administración. Eso es exactamente lo que ha ocurrido en este caso, Y por ello se debe acceder íntegramente a la petición formulada”.

7. Con fecha 9 de marzo de 2022, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que “el interesado se sometió de forma voluntaria a la intervención quirúrgica por vía artroscópica previa firma de consentimiento informado, cuyo documento no recoge literalmente la quemadura cutánea entre los riesgos típicos de la intervención. Al respecto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias (entre otros, Dictamen 265/2018) señala que el deber de informar no tiene carácter absoluto ni omnicompreensivo, tal como ha venido reiterando el Tribunal Supremo, `en caso de que el riesgo sea atípico, es decir imprevisible o anómalo, de los que no se producen habitualmente en este 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). De acuerdo con la bibliografía médica e informe del servicio actuante, la quemadura cutánea es una complicación infrecuente, lo que justifica que no se encuentre incluida dentro de los riesgos probables que deben ser objeto de información. En cualquier caso, el interesado no denuncia la falta de inclusión de la lesión como riesgo típico, su imputación se centra en la `mala praxis´ del servicio médico que le intervino, la cual no ha sido acreditada (...). En definitiva, tanto de la información contenida en la historia clínica como en los informes elaborados en la fase de instrucción del procedimiento (...), se deduce que la asistencia sanitaria ha sido en todo momento acorde a la *lex artis ad hoc*, y la

quemadura cutánea del brazo constituye la materialización de una complicación que, aunque infrecuente, se encuentra descrita en la literatura médica, lo que unido a la ausencia de signos que evidencien una mala praxis excluye la estimación de la reclamación”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de marzo de 2022, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

9. Haciendo uso de la posibilidad establecida en el artículo 37.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, la Presidencia de este Consejo solicita el día 20 de julio de 2022 una ampliación del expediente. En particular, se considera preciso que “por los servicios médicos se despeje la causa de la quemadura, concretando, al menos, su grado o intensidad, si la hipótesis `relacionada con el adhesivo de la tracción cutánea´ es compatible con las vertidas en el informe técnico de evaluación, si el accidente quirúrgico sufrido puede explicarse al margen de cualquier descuido o infracción de la *lex artis ad hoc* y con qué grado de certeza puede descartarse que la lesión venga causada por alguna anomalía en el Servicio. Debe singularmente precisarse si es posible -y en qué medida- que el sistema de drenaje no funcionase adecuadamente o que la lesión haya sido causada por alguna deficiencia en la disposición o el manejo de los medios que debieron emplearse”.

10. Atendiendo a dicha solicitud, el día 26 de agosto de 2022 esa Presidencia remite a este Consejo un informe emitido por el Hospital En él se indica que “el paciente se interviene quirúrgicamente el 24-09-20 realizando una acromioplastia + tenotomía PLB + Mumphord artroscópico de hombro derecho

a través de 3 portales artroscópicos en hombro (segunda intervención de dicho hombro). La cirugía se desarrolla sin ninguna incidencia y en las curas posoperatorias se aprecia una lesión dérmica de unos 6 x 1 cm de forma alargada e irregular en cara medial de tercio proximal de brazo derecho (por debajo de la axila) con pérdida cutánea yatrogénica y etiología desconocida, compatible con una quemadura de grado II o una dermoabrasión./ Con casi total probabilidad la quemadura ha sido producida por una temperatura excesiva del suero del drenaje que al salir (por los) portales contacta con la piel, dado el trayecto de dicha quemadura, que sigue una dirección por gravedad que bien podría relacionarse con el portal anterior utilizado (posición silla playa). Es habitual el uso de vaporizador en estas cirugías, y (...) aunque dicho vaporizador tenga un sistema de aspiración el suero utilizado (se utilizan litros de suero) pueda salir en cuantía variable por los distintos portales por los que se está trabajando. En todas las artroscopias de hombro, por sistema, se utiliza dicha aspiración conectada al vaporizador y en este caso no consta que el sistema de drenaje fallase en ningún momento ni hubiese un error en su utilización./ La hipótesis del adhesivo de la tracción es mucho menos probable dado el trayecto de la quemadura, aunque no descartable completamente. En cualquier caso, no constan problemas con dicha tracción durante su colocación, acto quirúrgico o retirada./ Por lo tanto, consideramos como la causa más probable un excesivo calentamiento del suero de lavado por el uso prolongado de dicho terminal de radiofrecuencia utilizado en la artroscopia. Esta complicación está descrita como una complicación inusual en diversos artículos de la bibliografía, siendo descubiertas habitualmente en la primera cura posoperatoria y tratadas de forma conservadora. Dicha lesión ha sido controlada en consultas externas y tratada de forma conservadora con curas periódicas y buena evolución, y se remite para últimas curas a su centro de salud el 19-11-20, siguiendo su control en consultas de (Cirugía Ortopédica y Traumatología) de la intervención del hombro. No se puede achacar a dicha lesión ninguna secuela distinta a dicha quemadura, tales como dolor en hombro o rigidez del mismo, como así recoge la bibliografía./ En resumen, no consta

ninguna anomalía del servicio como causa de dicha lesión, dado que como indica la bibliografía ese tipo de lesiones puede ser una complicación inusual en el contexto de adecuada praxis”.

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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la 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 24 de septiembre de 2021, y en ella se solicita una indemnización por la quemadura sufrida por el perjudicado el 24 de septiembre de 2020 durante una cirugía artroscópica, constando en el expediente que para su sanidad precisó de varias curas periódicas al menos hasta el 19 de noviembre de 2020, por lo que, con independencia de que acudamos a la fecha del hecho que motiva la indemnización -24 de septiembre de 2020- o a la de la curación o estabilización de las secuelas -19 de noviembre de 2020-, 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.

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 que esta se adopte, 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”.

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 solicita ser indemnizado por los daños y perjuicios, así como por las secuelas subsiguientes, que entiende derivados de la intervención -cirugía artroscópica de hombro- a la que fue sometido el 24 de noviembre de 2020 en el Hospital, en el curso de la cual se produjo una quemadura que precisó de varias curas, persistiendo como secuela “una importante cicatriz en el brazo”.

La realidad de los daños físicos reclamados ha resultado acreditada, al margen de cuál deba ser su concreta valoración económica; cuestión esta que solo abordaremos más adelante de concurrir el resto de requisitos generadores de la responsabilidad que se demanda.

Ahora bien, la mera constatación de un daño real, efectivo, individualizado, evaluable económicamente y surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio 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 ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), 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 el reclamante y cuya efectividad ha sido acreditada 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 viene reiterando 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 estos 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.

En el caso concreto que analizamos la Administración, a pesar de reconocer la complicación quirúrgica denunciada, propone -con cita del Dictamen Núm. 265/2018 de este Consejo- la desestimación de la reclamación al considerar que la asistencia sanitaria prestada "ha sido en todo momento acorde a la *lex artis ad hoc*", y que "la quemadura cutánea del brazo constituye la materialización de una complicación que, aunque infrecuente, se encuentra descrita en la literatura médica".

Respecto al precedente invocado, merece reseñarse que el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en su Sentencia de 17 de noviembre de 2020 -ECLI:ES:TSJAS:2020:2937- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), a diferencia de lo dictaminado en aquella ocasión

por este Consejo, apreció un déficit informativo en el consentimiento informado previo firmado por la paciente, constitutivo como tal de una infracción a la *lex artis ad hoc* en los términos de la jurisprudencia que en esa sentencia se cita.

Hecha esta acotación, nos encontramos con que el servicio interviniente reconoce tanto la realidad del daño sufrido por el reclamante -una quemadura-, como su conexión con el servicio público, al conectarla causalmente con la artroscopia que se le estaba realizando el día 24 de septiembre de 2020 y para la que aquel había prestado el preceptivo consentimiento informado el 28 de noviembre de 2019. A la luz de todas las periciales obrantes en el expediente, el daño producido es un riesgo propio de la técnica quirúrgica, y como tal descrito en la literatura médica, sin que el perjudicado oponga nada al respecto. En suma, la cuestión controvertida, introducida por la Administración reclamada en la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración, se limita a la determinación de si tal daño ha de reputarse antijurídico o no, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar.

Mediando un consentimiento informado previo firmado por el propio reclamante a la realización de la artroscopia, la respuesta sería evidente si la complicación finalmente objetivada -una quemadura- apareciera descrita como uno de los riesgos típicos de la artroscopia practicada, circunstancia que no acontece en el presente caso a la vista del citado documento.

Constatada esa carencia, la Administración fundamenta el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución en que la quemadura cutánea sufrida por el reclamante “constituye la materialización de una complicación que, aunque infrecuente, se encuentra descrita en la literatura médica”, y su ausencia en el documento de consentimiento informado se justifica por tratarse de un riesgo “imprevisible o anómalo, de los que no se producen habitualmente en este tipo de intervención”.

En rigor, la lesión cuyo resarcimiento se persigue es aquí un daño físico -una quemadura que deja una cicatriz-, y cuando se resarce un déficit informativo se indemniza un daño moral, que el perjudicado no suscita en este

procedimiento, lo que podría obstar su compensación. Sin embargo, cuando la Administración excluye la mala praxis escudándose en la materialización de un riesgo descrito que se ha omitido en el consentimiento informado es comprensible que el perjudicado -en la medida en que desconocía ese riesgo típico- no reaccione por el padecimiento moral ligado a dicho desconocimiento, sino por el daño mismo que subjetivamente atribuye a la praxis médica. En estas circunstancias, aunque no singularice el sufrimiento moral que se asocia al hecho de no haber podido ejercitar su facultad de elección con la información adecuada, si reclama con remisión al baremo (que incluye el perjuicio moral) puede en vía administrativa compensársele por el padecimiento anudable a la eventualidad de que se hubiera sustraído a la intervención de conocer puntualmente sus riesgos, pues tal daño representa una fracción del materialmente sufrido y reclamado, una vez ponderada la hipótesis de que no hubiera consentido el tratamiento y sus consecuencias, en el específico supuesto planteado.

Resta entonces despejar si, efectivamente, se ha incurrido aquí en una deficiencia informativa. Tal como viene razonando este Consejo (por todos Dictamen Núm. 167/2015), es preciso acercarnos a la dimensión constitucional del derecho infringido, en la medida en que toda actuación médica supone una posible afección a la integridad personal protegida por el artículo 15 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo -ECLI:ES:TC:2011:37-, que "se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas". Y añade que para que "esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto, pueda ejercerse con plena libertad es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena

libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos". Llevado al plano de la legalidad ordinaria el consentimiento informado, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, preceptúa en su artículo 8 que "Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso". A los efectos que aquí interesan, entre las exigencias del artículo 4 de esta Ley 41/2002, de 14 de noviembre, figura la relativa a los "riesgos y (...) consecuencias" de cada intervención, para lo cual, y según se recoge en el artículo 10 del mismo texto legal, el "facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: (...) b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención". Como corolario de esta regulación, debemos reseñar la construcción jurisprudencial conforme a la cual la eventual ausencia del consentimiento informado del paciente en el curso o con ocasión de una concreta asistencia sanitaria lleva aparejada la obligación de resarcir el resultado dañoso con independencia de cualquier otra valoración en relación con la adecuación a la *lex artis* del acto médico enjuiciado. En este sentido, y como ya ha tenido ocasión de señalar en ocasiones precedentes este Consejo (entre otros, Dictamen Núm. 287/2013), "el Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que la omisión del consentimiento previo informado supone, en sí misma, una 'mala praxis ad hoc', y, en estos casos, la responsabilidad 'se produce con absoluta independencia de la existencia o no de mala praxis en el acto médico (...), puesto que basta la existencia del daño derivado del mismo cuando falta el consentimiento informado'" (Sentencia de 14 de diciembre de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:8258-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª,

con cita de las Sentencias de la misma Sala y Sección de 26 de marzo de 2002 -ECLI:ES:TS:2002:2229- y 9 de marzo de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:1445-).

Tal como indicamos en anteriores dictámenes, el Tribunal Supremo ha advertido que “en caso (de) que el riesgo sea atípico, es decir imprevisible o anómalo, de los que no se producen habitualmente en este 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 5ª). Se mantiene en posteriores pronunciamientos judiciales que el deber de informar no tiene carácter absoluto u omnicomprensivo, pero sí se extiende a aquellas complicaciones puntualmente descritas en la literatura médica, aunque sean inusuales, y a aquellas secuelas que por su gravedad merecen una mención específica, aunque sean indirectas o ciertamente infrecuentes. Como declara el Tribunal Supremo, “una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad, aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento (...). El contenido del consentimiento informado comprende transmitir al paciente (es decir la persona que requiere asistencia sanitaria) todos los riesgos a los que se expone en una intervención precisando de forma detallada las posibilidades, conocidas, de resultados con complicaciones” (Sentencia de 25 de marzo de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:1752-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª); y en la misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de julio de 2022 -ECLI:ES:TSJAS:2022:2420- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). En suma, el riesgo típico o descrito, al igual que cierra el paso a la doctrina del daño desproporcionado y aleja la imputación del daño a la praxis médica, debe encontrar un reflejo adecuado en la información proporcionada al paciente, pues su omisión no solo perturba su libre elección de tratamiento, sino que también asiste a la convicción subjetiva de haber sido víctima de una negligencia médica.

En el presente caso, es claro que la información facilitada al paciente al

objeto de recabar su consentimiento con carácter previo a la realización de la artroscopia de hombro el 24 de septiembre de 2020 no fue todo lo precisa en lo atinente a los riesgos y las consecuencias, en los términos exigidos tanto por la jurisprudencia constitucional como por la regulación legal -artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre-, toda vez que, reconocido en el informe técnico de evaluación que la "bibliografía médica al respecto" describe como una "complicación inusual" la posibilidad de que se produjera una quemadura -tal y como lamentablemente sucedió-, el documento suscrito por el reclamante el 28 de noviembre de 2019 no reseña ese riesgo, puntualmente advertido en la literatura científica.

En definitiva, no se constata mala praxis en la práctica de la artroscopia -como viene a reconocerse en el escrito de alegaciones al aducir que "no se niega (en principio) que la praxis en la intervención fuera más o menos correcta"-, pero la quemadura sufrida en el curso de esa cirugía -que en la información complementaria facilitada por el Hospital se considera debida con toda probabilidad al "excesivo calentamiento del suero de lavado por el uso prolongado de dicho terminal de radiofrecuencia utilizado"-, constituye la materialización de una complicación que, a pesar de ser inusual, aparece descrita como tal en la bibliografía médica, por lo que se concluye que el paciente debió haber sido informado de manera expresa y previa a la artroscopia en garantía de su libre decisión sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad.

En estas condiciones, estimamos que el déficit informativo que tal omisión comporta conlleva la antijuridicidad del daño moral derivado del desconocimiento, perjuicio resarcible cuando se materializa el riesgo descrito, por lo que la reclamación formulada debe prosperar.

SÉPTIMA.- Fijados los hechos y establecida la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, así como el carácter antijurídico de este, procede valorar la cuantía de la indemnización solicitada sobre la base de los daños y perjuicios efectivamente acreditados.

A tales efectos el reclamante, aplicando el baremo vigente durante el año 2020 a las víctimas de accidentes de circulación, valora los daños y perjuicios sufridos en la cantidad total de seis mil novecientos noventa y ocho euros con trece céntimos (6.998,13 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 54 días de perjuicio personal básico, 1.744,74 €, y 6 puntos de secuelas por perjuicio estético ligero, 5.253,39 €.

Dado el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución, la Administración no ha practicado ningún acto de instrucción tendente a la comprobación de los daños alegados, y tampoco ha analizado la valoración efectuada por el interesado.

Por nuestra parte, aplicando a estos efectos el criterio seguido por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en la citada Sentencia de 17 de noviembre de 2020 -ECLI:ES:TSJAS:2020:2937- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), y más recientemente en las Sentencias de 22 de julio de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:2590- y 22 de julio de 2022 -ECLI:ES:TSJAS:2022:2420-, para supuestos en los que el consentimiento informado omite o refleja con inexactitud riesgos identificados por la literatura médica, en los que el daño indemnizable, de naturaleza estrictamente moral, no es consecuencia de una defectuosa práctica médica sino de un mero déficit informativo, consideramos apropiado acudir a un prudente arbitrio para fijar la compensación procedente. En atención a los antecedentes referidos, y a las circunstancias y distinta gravedad de los padecimientos a los que se expone el paciente en los casos examinados por el Tribunal Superior de Justicia y el presente, así como la probabilidad -ciertamente remota- de que hubiera aquí rechazado la realización de la artroscopia de haber sido advertido del riesgo -inusual y de limitada entidad- de sufrir una quemadura, sin que tampoco se objetive alternativa terapéutica atendible, se estima adecuado reconocer al reclamante una indemnización de 500 € por todos los conceptos.

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, indemnizar a en la cantidad de quinientos euros (500 €).”

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.