

Dictamen Núm. 204/2025

V O C A L E S :

*Baquero Sánchez, Pablo
Presidente
Díaz García, Elena
Menéndez García, María Yovana
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Santiago González, Iván de
Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de noviembre de 2025, 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 22 de julio de 2025 -registrada de entrada el día 31 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, a consecuencia de la perforación sufrida durante una ecocardiografía transesofágica.

De los antecedentes que obran en el expediente, resulta:

1. Con fecha 30 de julio de 2024, la viuda e hijos del paciente fallecido presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su familiar.

Exponen que el afectado acudió el día 17 de mayo de 2024 al Hospital "X" para someterse a una ecocardiografía transesofágica, en el curso de la cual

se produjo una perforación que desencadenó su fallecimiento el día 27 del mismo mes, y que “dicha complicación no se encuentra recogida como posible (...) en el consentimiento informado administrado al paciente”.

Tras apuntar a “dificultades técnicas en el transcurso de la prueba” como “mecanismo lesional que explica el daño”, señalan que, a pesar de figurar en su historia clínica “la existencia de episodios de disfagia, no consta que hubiese sido interrogado al respecto con anterioridad a indicarse la prueba” y que, “en caso de haberse constatado la existencia de disfagia, la técnica aplicada habría podido estar contraindicada”.

En suma, consideran “incuestionable que hubo errores a la hora de informar, diagnosticar, valorar y tratar las circunstancias médico clínicas (...) por parte de los facultativos”.

Solicitan una indemnización de ciento noventa y cinco mil ochenta y tres euros con cuarenta y tres céntimos (195.083,43 €) para la viuda y de treinta y siete mil quinientos cincuenta y ocho euros con setenta y siete céntimos (37.558,77 €) para cada uno de los dos hijos del finado.

Adjuntan copia del certificado de defunción de su familiar y del Libro de Familia.

2. El día 13 de agosto de 2024, el Jefe de Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, el nombramiento de instructor y su régimen de recusación, así como las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa petición formulada por el Instructor del procedimiento, el 18 de octubre de 2024 el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia de la historia clínica del finado en el Hospital “X”, así como el informe librado conjuntamente por el Jefe del Servicio de Cardiología y el Responsable de la Unidad de Imagen Cardiaca, en el que su autores indican que la exploración con ecocardiografía transesofágica (ETE) “es

una técnica habitual y rutinaria en el laboratorio de Imagen Cardiaca" del Hospital "X" "(644 procedimientos realizados en 2023)". Explican que "los pasos previos a realizar un ETE son: 1) Indicación clínica del procedimiento por un facultativo. 2) Se cita al paciente telefónicamente por personal de enfermería de nuestra sección con unas primeras explicaciones al paciente. 3) Recepción el día del procedimiento por parte del personal de enfermería que cumplimenta un *check-list* estandarizado, el cual queda registrado en la historia clínica. 4) Explicación del procedimiento por personal médico, indagación de posibles contraindicaciones y firma de consentimiento informado. 5) Realización de ETE por facultativos y supervisión de constantes vitales y 6) *Check-list* final por parte de enfermería y alta a su domicilio". Señalan que "en este caso se realizó todo el protocolo establecido como quedó constatado en el sistema informático. Esto incluyó un cuestionario por parte del personal facultativo y de enfermería. En ambos cuestionarios no se detectó ningún factor que implicara una actitud distinta a la habitual". Por otra parte, refieren que el afectado "firmó el consentimiento informado homologado" que existe en el Hospital "X" "para el procedimiento (17-5-2024, 12:00 horas)", que, tras consultar en su historial, "no se constata el diagnóstico de disfagia previa" y que a los pacientes se les pregunta específicamente por esta cuestión. También explican que aquellos "con patología neurológica pueden presentar clínica de disfagia, lo cual no significa que exista patología esofágica, que es la verdadera contraindicación para realización de ETE (...). En el tac realizado ese mismo día no se detecta ninguna malformación esofágica que hubiese contraindicado el procedimiento./ Es cierto que la canulación de la sonda de ultrasonidos en el esófago resultó difícil como se refiere en el informe médico. Esto puede ocurrir en alguna ocasión, pero en general es una prueba segura (< 1 % de cualquier tipo de complicación)", aseverando que, durante el proceso, no se registraron "efectos adversos graves del tipo hipotensión severa y en general no hubo ningún signo de alarma, tal como se recoge en informe médico. El procedimiento, en este caso, se inició a las 13:02 horas y el informe final se firma a las 14:14 horas, tiempos habituales en este proceso". Reseñan que la perforación esofágica, que

asumen se produjo a causa del ETE en el caso examinado, es una "complicación grave y muy infrecuente" que se produce en menos del 0,01 % de los casos.

4. El día 14 de enero de 2025 se nombra a un nuevo Instructor del procedimiento que, con fecha 16 de enero de 2025 solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV la "historia clínica completa del procedimiento de ecocardiografía transesofágica realizado el día 17-05-2024 con la hoja del procedimiento y los *check-list* realizados por Enfermería, así como el informe de alta de Cardiología", que requiere la compañía aseguradora de la Administración sanitaria, a fin de emitir el informe pericial.

El 4 de marzo de 2025 la responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos del Área remite al Instructor los siguientes documentos: a) informe del Director del Área de Gestión Clínica del Corazón, fechado el día 3 de marzo de 2025, en el que se expresa que "no hay informe de alta, ya que la prueba se realizó a nivel ambulatorio"; b) informe médico del procedimiento en el que se consigna la imposibilidad de "avanzar la sonda más allá de segmento medio esofágico (*stop* anatómico a ese nivel)", firmado el día 17 de mayo de 2024 a las 14:14 horas; c) valoración enfermera procedimiento invasivo/no invasivo, firmada el mismo día 17 de mayo de 2024 a las 13:49, en el que se anota lo siguiente: "Procedimiento: ecotransesofágica./ Alergias: sí./ Identificación paciente: sí./ Acompañado: sí./ Ayunas: sí./ Ansioso: sí./ Problemas severos de comunicación: no problemas de comunicación./ Observaciones: se realiza ecotransesofágica. Firma consentimiento tras ser informado del procedimiento. Le cojo vía venosa que se le retira al realizar la prueba. Sedación orofaríngea con lidocaina y endovenosa con midazolam 3,5 mg y fentanest 50 mcg. Se revierte con 0,35 mg de Flumazenil. No ingerirá nada por boca en dos horas (15:30 h)".

5. A continuación, obra incorporado al expediente el informe librado el 12 de mayo de 2025, a instancias de la compañía aseguradora de la Administración,

por un especialista en Cardiología y otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo.

En él, señalan que "el día 03-05-2024 consta una evaluación extensa y detallada por el Servicio de Cardiología del" Hospital "X" "como consecuencia de su patología cardiaca en la que, evidentemente, se informa verbalmente de la situación clínica y de las pruebas diagnósticas y terapéuticas necesarias y adecuadas a la situación clínica del paciente" y que, "como resultado de dicho seguimiento se indican varias pruebas cardiológicas de control, entre ellas, el ecocardiograma transesofágico, con clara indicación para mejor caracterización de la situación cardiológica y hemodinámica". Destacan que "consta acreditado que (...) había firmado el consentimiento informado para realizar una ecografía transesofágica donde figura el procedimiento a realizar y sus riesgos", por lo cual rechazan que haya existido "una falta del deber de información". En cuanto a los antecedentes de disfagia del paciente precisan que no constan "en la documental analizada"; ahora bien, matizan que "no obstante, la disfagia y/o dificultad para el paso de los alimentos puede ser de carácter anatómico (por estrechez del esófago o presentar anomalías anatómicas genéticas y/o adquiridas, como por ejemplo un divertículo de Meckel o un cáncer de esófago), y las más frecuentes, ser funcionales, producto de alteraciones en la deglución por lesiones nerviosas" y afirman que, "aunque hubiese padecido una disfagia funcional previa, la presencia residual de disfagia de carácter funcional no contraindica la realización de una ecocardiografía transesofágica (ETE) puesto que no existe ninguna afectación anatómica que impida y/o imposibilite el paso del dispositivo ecográfico, que es la verdadera contraindicación para la realización de la ETE". Añaden que "la perforación-desgarro esofágico en el contexto de ETE puede acontecer en 1/10.000 de los procedimientos. Se trata de una complicación grave que puede provocar el fallecimiento del paciente por la mediastinitis que lleva asociada, siendo uno de los riesgos, aunque excepcional, más temible del procedimiento" y que, en el caso de que se trata, "consta que se realizó una evaluación previa por parte del Servicio de Enfermería y de Cardiología sin existir ninguna contraindicación para el

procedimiento indicado". Entienden los autores del informe, en suma, que la actuación de los profesionales que han dispensado la asistencia controvertida "ha sido correcta y ajustada, en todo momento, a la *lex artis ad hoc*".

6. Mediante oficio notificado a los interesados el 3 de junio de 2025, el Instructor del procedimiento les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El día 24 de junio de 2025, la primera de las interesadas presenta un escrito de alegaciones en el que se ratifica en la reclamación presentada, para señalar a continuación que los informes recabados durante la instrucción descartan "con total y absoluta gratuitad" la existencia de disfagia, pese a que "su posible padecimiento queda reflejado en diferentes informes del Servicio de Salud del Principado de Asturias". Afirma que, con tales antecedentes, "resultaba absolutamente necesaria la realización con carácter previo a la práctica de la ecocardiografía transesofágica de un estudio y valoración tendente a descartar la existencia de una concreta patología que contraindicara o resultara incompatible con dicha técnica diagnóstica, siendo así que en el concreto caso (...) no solo no consta que tal estudio haya sido realizado, sino que ni siquiera se acredita que aquel haya sido interrogado al respecto, circunstancia claramente reveladora de que no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ad hoc*". A lo anterior, añade que el examen del documento de consentimiento informado que su esposo firmó revela que en él se señalan riesgos típicos "las náuseas y molestias en la garganta, pero de forma pasajera, y, como 'más graves y excepcionales' las arritmias, la hipoxia y el dolor torácico./ Es decir, en ningún momento fue informado de que entre las complicaciones y riesgos graves que pueden surgir como consecuencia de la realización de un ecocardiograma transesofágico se encuentra la perforación esofágica o el sangrado, y mucho menos que una perforación esofágica puede resultar factor desencadenante de la muerte de una persona", con lo que se le privó "de la oportunidad de decidir no someterse a dicha prueba de conocer su posible producción y las consecuencias de la misma".

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) informe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital "X", fechado el día 2 de septiembre de 2019, en el que se anota que el paciente presenta desde una intervención de endarterectomía carotídea derecha "dificultad para el paso de alimentos a nivel faríngeo (...) sobre todo para comer pan". En el mismo informe figura que, si bien "no se objetiva patología a nivel ORL que justifique la clínica referida", se solicita consulta a la Unidad de Disfagia; b) hoja de indicaciones en la que se refleja la indicación de consulta de Vascular desde atención primaria con fecha 25 de octubre de 2019 en la que se refleja como uno de los episodios activos "disfagia"; c) informe clínico de alta del Hospital "Y", fechado el 15 de abril de 2021, en el que consta que "se pauta dieta blanda de fácil masticación con líquidos textura néctar por presentar disfagia con líquidos".

Ese mismo día, la Jefa del Servicio de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada a la correduría de seguros una copia de las alegaciones presentadas.

7. El día 4 de julio de 2025, el Instructor del procedimiento elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que "el paciente aceptó la realización de la prueba y firmó el documento de consentimiento informado. Aunque es una complicación muy poco frecuente, es la más grave que puede ocurrir en este procedimiento. Consta en la historia clínica que en todo momento se siguió el procedimiento establecido. No consta acreditado en la historia clínica que (...) presentara disfagia". No obstante, colige que, aunque previamente la hubiese padecido, "la presencia residual de disfagia de carácter funcional no contraindica la realización de una ecocardiografía transesofágica (ETE), puesto que no existe ninguna afectación anatómica que impida y/o imposibilite el paso del dispositivo ecográfico, que es la verdadera contraindicación para la realización de la ETE. Las anotaciones de enfermería tras el ETE no reflejan la existencia de ningún problema. Dada la patología que presentaba el paciente, no existía alternativa a la realización del ETE".

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de julio de 2025, 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 autentificada 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), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Ahora bien, además del daño propio generado por el óbito de su familiar, los interesados también accionan por un daño ocasionado al fallecido, denunciando la falta de información al paciente del riesgo que terminaría por materializarse, toda vez que había firmado un documento de consentimiento informado en el que no se advierte de los riesgos de perforación esofágica y muerte. Aunque la Administración no se cuestiona la legitimación para la

reclamación de este daño por los herederos, procede detenernos en esta cuestión para deslindar nuestra doctrina al respecto.

En línea de principio, como daño personalísimo, “el daño moral que se anudaría a la insuficiencia de la información suministrada al paciente y la antijuridicidad de las lesiones producidas, cuando falta el consentimiento informado, originan un derecho que solo este puede invocar”, como ya hemos señalado en anteriores ocasiones (por todos, Dictamen Núm. 159/2013).

Ahora bien, la aplicación de esta doctrina se ha visto matizada por diversos pronunciamientos judiciales y posiciones doctrinales -no exentos de controversia- sobre la legitimación activa de los herederos para reclamar los daños personalísimos del causante -aquellos que afectan a su integridad personal y moral-. Singularmente, se citan las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:7648-, que ampara la transmisibilidad cuando el “alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense” y la de 15 de marzo de 2021 -ECLI:ES:TS:2021:807-, que reconoce la transmisibilidad *mortis causa* del derecho al resarcimiento por el daño corporal “pericialmente determinado”.

Al respecto, debemos remitirnos a los Dictámenes Núm. 262/2023 y 269/2023 -que recogen *in extenso* la posición de este Consejo- y a la Memoria correspondiente al año 2023, que sintetiza nuestra doctrina y los criterios a tener en cuenta, con carácter general, en la transmisión *mortis causa* del crédito por daños, tanto personales como patrimoniales. En síntesis, son los siguientes: “(i) La determinación del alcance del daño (‘pericialmente determinado’) se exige también por los tribunales del orden civil, en cualquier caso, como presupuesto previo para entender transmitido el derecho a reclamar los daños de carácter personalísimo. (ii) El derecho a reclamar será transmisible cuando el daño afecte a un bien o derecho patrimonial. (iii) Tratándose de daños personales, su resarcimiento no ha de desligarse de esa naturaleza, pero debe ponderarse si el perjuicio tiene una inmediata traducción o repercusión patrimonial y si el fallecido tuvo un margen de libre decisión. (iv) Debe

reputarse transmitido a los herederos todo daño del que derive un menoscabo patrimonial cierto, lo que incluye el cuantificado por la norma o el 'pericialmente determinado' en la medida en que se traduce en una minoración de la masa hereditaria, quedando aquí comprendidos los gastos a los que el fallecido tuviere que haber hecho frente a raíz del siniestro. (v) No se estima transmisible en otro caso cuando el daño recae sobre la integridad física o moral del fallecido, salvo que, atendidas las circunstancias concretas del supuesto, la persona afectada no se hubiere hallado en condiciones para discernir y ejercitar su derecho o que mediare alguna manifestación de voluntad de la que pueda deducirse su voluntad de reclamar. (vi) Merece singularizarse el supuesto de quien aguarda a la consolidación de las secuelas y se ve sorprendido por la muerte por causa distinta. De sobrevenir el fallecimiento a resultas del mismo hecho lesivo, la compensación que corresponde a los familiares se reconduce a la pautada para daños propios (sin perjuicio de que puedan acumularse dos pretensiones si el fallecido reclamó en vida), pero si fallece por causas ajenas al siniestro indemnizable cuando sus secuelas le eran aún desconocidas, podría plantearse que no opera la presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración personal para el perjudicado".

En suma, son dos los supuestos que amparan la legitimación de los herederos para accionar por daños personales sufridos por su causante: uno de raíz objetiva, anudado al alcance del daño -cuando este se traduce en un detrimiento patrimonial y no en la mera ausencia de un ingreso adicional- y otro de índole subjetiva, que concurre cuando el fallecido se encontró postrado, impedido o privado de su plenitud de condiciones para discernir y ejercitar su derecho a reclamar.

El primero puede estimarse avalado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2024 -ECLI:ES:TS:2024:1792- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a) que resuelve la cuestión de interés casacional sobre "si el derecho que ostenta la persona afectada por una situación de dependencia antes de la aprobación del Programa Individual de

Atención (...) es transmisible a sus herederos en el momento de su fallecimiento a los efectos de percibir los servicios y prestaciones correspondientes a la dependencia como consecuencia de la dilación de la Administración al tramitar el expediente". Tomando en consideración que las prestaciones concretas se determinan en el Programa Individual de Atención, pero la afectada tenía derecho a ellas desde el reconocimiento de su situación de dependencia, considera el Alto Tribunal que esas prestaciones son "personalísimas", pero los herederos tienen interés en que se apruebe el Programa Individual de Atención, no obstante el fallecimiento, en la medida en que ese Programa está llamado a determinar "el alcance del daño causado", al haberse consumido recursos económicos en atenciones (coste de residencia), acaso cubiertas por el servicio público.

El segundo, sea cual fuere el alcance del daño, viene sustentándose por este Consejo (entre otros, Dictamen Núm. 175/2023, en el que reseñábamos que, no habiendo ejercitado la acción el finado, para reconocer legitimación a sus herederos "debe atenderse a las circunstancias concurrentes, en particular, al estado de salud del causante y a si las condiciones en las que se encontraba le permitían la presentación de la reclamación") en atención a numerosos pronunciamientos judiciales. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 15 de enero de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:2- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) insiste en que, "para poder ejercer tal acción a título de heredero es preciso que la masa hereditaria se integre, bien del derecho conquistado a indemnización, bien del derecho litigioso (mediante subrogación), o bien del derecho a obtener una respuesta indemnizatoria, que requiere haber ejercido el interesado tal reclamación en vida. No existe un derecho genérico a reclamar que pueda actualizarse o ejercerse *ex novo* por los herederos, salvo en los casos en que se acredite la imposibilidad del titular de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al fallecer o quedar incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios". Y concluye que "no estamos ante el caso de un perjudicado (...) que fallece en accidente y no tiene oportunidad u

ocasión de ejercer su derecho a reclamar, ni ante quien pierde la vida en quirófano o centro sanitario sin ocasión de reclamar, sino ante quien supuestamente sufrió unos perjuicios de calidad de vida y daños morales y, con posterioridad, fallece por causas ajenas a la actuación sanitaria, por lo que obviamente no transfiere derecho a indemnización alguno por aquellos supuestos daños morales y de calidad de vida, sin integrarse como derecho hereditario alguno preexistente del art. 659º del Código Civil. También sigue este criterio la Sentencia del mismo Tribunal de 5 de febrero de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:237- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), que aborda un caso en el que no concurre un fallecimiento inmediato, pero sí acontece que el causante deviene en una situación palmaria de invalidez, con una enfermedad terminal de la que no se repone y que "justifica, sobradamente, la imposibilidad de adoptar decisiones en orden al ejercicio de una acción de responsabilidad. Por ello, en este preciso caso, dadas las excepcionales circunstancias concurrentes, la sala no se plantea la duda, trasladada a las partes, sobre la concurrencia de legitimación activa".

En lo que atañe específicamente a la lesión del derecho del paciente a la autodeterminación informada, cabe mencionar que el Tribunal Supremo ha admitido, en su Sentencia de 26 de marzo de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:2078-, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), que este daño moral, aun siendo personalísimo, se transmite a los herederos, en un supuesto como este, en el que el paciente muere como consecuencia de la materialización de un riesgo del que no había sido debidamente informado. Y, en el mismo sentido, así lo ha considerado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (por todas, Sentencias de 26 de febrero -ECLI:ES:TSJM:2024:2271- y de 18 de marzo -ECLI:ES:TSJM:2024:3147-, ambas de 2024 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª) y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (entre otras, Sentencia de 30 de junio de 2022 -ECLI:ES:TSJCLM:2022:2066-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª).

En el presente caso, el fallecimiento se produce, como coinciden en asumir todos los informes médicos obrantes en el expediente, a causa de las complicaciones derivadas de la perforación de esófago producida en el curso de la realización de una ecocardiografía transesofágica. Lo relevante aquí es, por tanto, la inmediatez del daño reclamado respecto al óbito, teniendo en cuenta tanto el escaso lapso temporal transcurrido entre la práctica de la prueba diagnóstica y el fatal desenlace -diez días- como el grave estado del enfermo durante dicho periodo. Es, por tanto, el carácter súbito del fallecimiento lo que frustra la posibilidad de cualquier reclamación y lo que otorga singularidad a este concreto supuesto, lo que, a su vez, permite reconocer a sus herederos legitimación para reclamar *ex novo* el daño irrogado a aquél.

En definitiva, en el caso examinado, no ofrece duda que el fallecido no se encontraba en disposición de reclamar el daño por el que aquí se acciona de *iure hereditatis* (infracción del consentimiento informado). Los reclamantes, que por razón del parentesco -acreditado- tendrían la consideración de herederos forzosos, sin embargo, no han aportado la documentación sucesoria que evidencie claramente su legitimación respecto de tal imputación. No obstante, y habida cuenta de que la Administración no ha cuestionado aquella a lo largo del procedimiento, en aplicación del principio de eficacia -reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución y recogido en el artículo 3 de la LRJSP- procede analizar el fondo de la cuestión controvertida, no sin antes advertir que, si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabría una estimación de la reclamación sin que esta, por el procedimiento legal oportuno, verifique la legitimación hereditaria. 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, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del mismo.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado, como titular de los servicios públicos sanitarios 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 expediente ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 30 de julio de 2024 por lo que, habiendo tenido lugar el fallecimiento del paciente el día 27 de mayo del mismo año, 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 de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

En la instrucción del procedimiento, debe advertirse la irregularidad que supone el nombramiento de un nuevo instructor del procedimiento, debido al cese del anterior, sin comunicar formalmente este hecho a los reclamantes. Esto, sin embargo, no les ha causado indefensión, en la medida en que es el nuevo instructor quien les comunica la apertura del trámite de audiencia, sin que hayan formulado objeción alguna al respecto.

Finalmente, se observa 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 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 "Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este 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 aquellos, 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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de un paciente, a consecuencia de la perforación de esófago producida en el curso de la realización de una ecocardiografía transesofágica.

Acreditado el óbito, cabe presumir que el mismo ha causado a los interesados, dado su cercano parentesco, ciertos daños morales.

Ahora bien, la mera constatación de un perjuicio efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica, surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario, no implica, *per se*, 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.

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 automáticamente 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 los reclamantes 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 ordinaria requerida.

También ha subrayado 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.

Debemos subrayar, con carácter previo que, en el presente caso, los reclamantes no han desarrollado en vía administrativa ninguna actividad probatoria en relación con la mala praxis que atribuyen al servicio público sanitario en el proceso asistencial seguido, de modo que, a falta de tal prueba, el juicio de este Consejo ha de formarse a la vista del conjunto documental constituido por la historia clínica y los informes médicos librados a instancias del servicio público sanitario.

Sostienen los interesados que la ecocardiografía transesofágica que acabó desencadenando el óbito no debió realizarse, al constar en la historia

clínica diversas anotaciones en las que se aludía a episodios de disfagia, considerando que la dificultad para tragar es una contraindicación para la práctica de la citada prueba diagnóstica. Frente a tal afirmación, todos los informes médicos obrantes en el procedimiento coinciden en significar que la disfagia funcional, de la que existe rastro en la historia clínica del paciente, no constituye una verdadera contraindicación para la realización de la prueba, debiendo evitarse únicamente en presencia de alteraciones anatómicas del esófago que impidan el paso de la sonda, circunstancia esta que no concurría en el caso de que se trata, como evidencia el tac realizado el mismo día, según destacan los facultativos del servicio afectado.

La perforación esofágica materializada es una complicación conocida -aunque "grave y muy infrecuente"- de la prueba diagnóstica practicada, que se produce en menos del 0,01 % de los casos, aun sin mediar mala praxis. Por tanto, dado que, en este caso, no se ha acreditado infracción alguna de la *lex artis* asociada al fallecimiento ni en la práctica de la prueba diagnóstica ni el tratamiento posterior del enfermo, una vez materializado el riesgo, la reclamación que tiene por objeto el resarcimiento de los perjuicios irrogados a sus familiares a causa del óbito debe ser desestimada.

En cuanto a la acción relativa al daño originado a consecuencia de la falta de información al fallecido del riesgo que terminaría por materializarse (perforación esofágica con resultado de muerte), hemos de partir del hecho de que, efectivamente, no es un riesgo expresamente contemplado en el documento de consentimiento informado -suscrito por el paciente- en el que se señala, en cuanto a los "riesgos típicos", lo siguiente: "habitualmente se producen náuseas y picor en la garganta, pero de forma pasajera. La duración aproximada de todo el estudio será de 30 minutos. Aunque también pueden aparecer otras complicaciones más graves (arritmias, hipoxia, dolor torácico), estas son excepcionales y disponemos de los medios humanos y técnicos necesarios para solucionarlos de forma inmediata, con lo que se minimiza la peligrosidad de estas complicaciones".

A propósito de esta cuestión, hemos de recordar que, de conformidad con lo señalado en el artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el facultativo proporcionará al enfermo, antes de recabar su consentimiento por escrito, entre otra información, la relativa a "los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención". La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, viene entendiendo que, dicha información debe ser exhaustiva y comprender todos los riesgos típicos, pues, según se expresa, entre otras, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:1752- "el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la '*lex artis ad hoc*' y revela una manifestación anormal del servicio sanitario./ Pero no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Así la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar./ Por ello, una cosa es la incertezza 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 (...). No cabe, por tanto, considerar que no hubo, como hace la Sala de instancia, quebranto del consentimiento informado por el hecho de que el riesgo fuere considerado muy bajo. Lo que falta es (...) esa eventual complicación de la intervención, con su subsiguiente secuela, para que el paciente, autónomamente, hubiera decidido aceptar o no la intervención a la vista de una posible consecuencia lesiva grave, aunque fuere de acaecimiento infrecuente pero no improbable. 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". No obstante, el propio Tribunal Supremo también ha

reconocido que deben admitirse excepciones a dicho deber de información exhaustiva, pudiendo citarse, a modo de ejemplo, el caso analizado en la Sentencia de 9 de octubre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:6645- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a) en referencia a un "riesgo de ocurrencia tan extraordinaria como es el considerado en la sentencia recurrida, calificado por la misma como tan remotamente considerable que no permitió ofrecer información sobre ello, basada en evidencias ciertas y contrastables". Muchos de nuestros Tribunales de Justicia vienen siguiendo una línea matizada -a propósito del deber de informar sobre los riesgos típicos poco frecuentes- conforme a la cual, dicha obligación debe comprender, al menos, los de especial gravedad y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Asturias que, en la Sentencia de 22 de julio de 2022 -ECLI:ES:TSJAS:2022:2420- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), analizaba si resultaba admisible la omisión, en el documento de consentimiento informado, de una complicación, habida cuenta de que se trataba de "una complicación muy rara y poco frecuente, que la literatura refiere en menos del 0,01 %, (...) en base a su muy baja probabilidad", y termina por concluir que, "aun cuando sea muy inusual (...) se trata de un riesgo que, por su entidad para la salud de la paciente, debió ser incluido en dicho documento, de modo que la falta de consignación en el mismo le ha privado de la facultad de elegir con conocimiento, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, sobre la opción terapéutica quirúrgica".

Esto es, precisamente, lo que sucede en el caso que analizamos, en el que no se informó al paciente de un riesgo típico -aunque muy poco frecuente- y sí sobradamente conocido, hasta el punto de que esta complicación tan grave consta en el modelo de consentimiento informado que maneja la Sociedad Española de Cardiología (página 19 del documento disponible en: <https://secardiologia.es/images/SEC-Excelente/SEC-EXCELENTE ETE Procedimiento.pdf>), el cual, al enumerar los riesgos, indica que "excepcionalmente pudiera presentarse una complicación grave (perforación de esófago, reacciones alérgicas, depresión respiratoria...)".

Por todo ello, consideramos que la reclamación debe ser estimada, en lo que se refiere a la pretensión de infracción del derecho a la autonomía del paciente, y que debe indemnizarse a sus herederos, a prudente arbitrio, en la suma de veinte mil euros (20.000 €), previa acreditación de su condición, según hemos señalado en la anterior consideración segunda.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, atendida la observación esencial y consideradas el resto de las formuladas en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, estimar parcialmente la reclamación presentada, indemnizando a en los términos señalados.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.