

Expediente Núm. 193/2009  
Dictamen Núm. 76/2010

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de febrero de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de febrero de 2009, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en un centro hospitalario vinculado a la red pública mediante convenio singular.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 10 de abril de 2008, el interesado presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños producidos como consecuencia de lo que considera una asistencia sanitaria inadecuada recibida en el Hospital “X”.

Inicia su escrito relatando que padecía “una artropatía degenerativa de cadera izquierda que le causaba leves dolores (...) que se solucionaban con la toma de

antiinflamatorios no esteroideos (...). Fue (...) como consecuencia de sus quehaceres diarios profesionales y personales cuando la intensidad del dolor aumentó”, por lo que “tuvo que someterse a radiología de ambas caderas, en las que se observó una artropatía degenerativa (...), precisando desde entonces tratamiento fisioterapéutico con respuesta parcial y la modificación del tratamiento médico (...). Ante la persistencia de los dolores y comprobada la ineficacia del tratamiento prescrito”, ingresó en el hospital el día 30 de mayo de 2007, procediéndose al día siguiente “a colocarle una prótesis total de cadera no cementada tipo par metal-metal por coxartrosis izquierda a necrosis aséptica de la cabeza femoral./ Durante el posoperatorio inmediato se constató una parálisis del ciático poplíteo externo que precisó interconsulta al Servicio de Rehabilitación y colocación de una férula antiequino./ El 8 de junio de 2007 se le dio el alta médica (...) y apenas pasado un mes (...) ingresó de nuevo” en el hospital a causa de un fuerte dolor neuropático”. El día 10 de agosto de 2007 acudió al Servicio de Neurofisiología Clínica del Hospital “Y”, “diagnosticándosele (...) una neuropatía del nervio ciático mayor izquierdo”. Añade que el Instituto Nacional de la Seguridad Social le ha concedido una “prestación de incapacidad permanente en el grado de absoluta para todo trabajo” y que la Consejería de Vivienda y Bienestar social le “certificó “un grado de minusvalía del 33%”.

Imputa lo ocurrido a “una inadecuada intervención” en la que “se coloca una prótesis de cadera dañando los nervios contiguos”, por lo que “acaba sufriendo una serie de lesiones” que tienen “reflejo tanto en la salud física como psíquica” del perjudicado.

Reclama una indemnización que, a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, calcula en ciento ochenta y tres mil ochocientos dieciocho euros con quinientos cincuenta y siete céntimos (183.818,557 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 165 días improductivos, siendo 10 de ellos de hospitalización; 52 puntos de secuelas, a razón de 1.606,06 €, e incrementada la cantidad resultante en un 10%; 82.685,58 € en “calidad de lesiones permanentes que constituyan una

incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima”; 9.266,345 € resultantes del cálculo de la tabla V del anexo del referido Real Decreto; a lo que estima deben añadirse 300 € “correspondientes al coste del informe médico” privado.

Al escrito de reclamación acompaña copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informe de una especialista en Valoración Médica del Daño Corporal e Incapacidades Laborales, de fecha 6 de febrero de 2008. b) Resolución de la Dirección Provincial de Asturias del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 28 de marzo de 2008, por la que se le reconoce al interesado el derecho a una pensión de incapacidad permanente en el grado de absoluta para todo trabajo. c) Certificado de grado de minusvalía de la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias. d) Minuta de honorarios profesionales, de fecha 20 de febrero de 2005, correspondiente a la emisión del informe médico privado.

**2.** El día 18 de abril de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio instructor) solicita a la Gerencia del Hospital “X” una copia de la historia clínica del perjudicado, así como un informe del Servicio de Traumatología y una “certificación de la vinculación de los facultativos intervinientes con el Servicio de Salud del Principado de Asturias” (Sespa). Con fecha 21 de abril de 2008, el Jefe del Servicio instructor comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Principado de Asturias, las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará y los plazos y los efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** El día 22 de abril de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto solicita a la Dirección Gerencia del Hospital “Y” una copia de la historia clínica del perjudicado obrante en dicho centro.

**4.** Con fecha 28 de abril de 2008, el Secretario General del Hospital “Y” remite al Jefe del Servicio instructor una copia de la historia clínica del paciente. Ésta

se compone, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informe de Neurofisiología Clínica, de fecha 10 de agosto de 2007, en el que consta que la exploración realizada pone de manifiesto “signos compatibles con una neuropatía del (nervio) ciático mayor izquierdo, afectando de forma muy severa a las fibras correspondientes al (nervio) ciático poplíteo externo (...) y en grado moderado a las del ciático poplíteo interno”. b) Informe del Servicio de Neurocirugía Funcional, de 1 de octubre de 2007, en el que figura que al paciente “se le realizó una implantación de prótesis de cadera izda., quedando como secuela de la misma una parálisis del nervio ciático poplíteo externo”. c) Solicitud de inclusión en lista de espera quirúrgica, de fecha 26 de octubre de 2007. d) Autorización para “implante de neuroestimulador”, de fecha 1 de abril de 2008. e) Hojas de curso clínico del Servicio de Neurocirugía Funcional en las que se registra que el día 1 de abril de 2008 “se realiza test de neuroestimulación sin resultados positivos”.

**5.** El día 2 de mayo de 2008, el Director Médico del Hospital “X” remite al Jefe del Servicio instructor una copia de la historia clínica solicitada, una relación nominal de los facultativos del Servicio de Traumatología vinculados a dicho hospital mediante contrato de duración indefinida y un informe del Servicio de Traumatología implicado en el proceso.

Figuran en la historia clínica, entre otros, los siguientes documentos: a) Consentimiento informado para “prótesis total de cadera”, firmado por el paciente, con fecha 22 de diciembre de 2006, en el que se recogen como riesgos de la intervención “lesiones neurológicas con déficit motor (...). Irritación o parálisis nerviosa por lesión directa del nervio (...). Lesiones de los nervios ciático, crural u obturador (1 a 3%). Parestesias en la zona de incisión. Pueden ser irreversibles”. b) Hoja de intervención quirúrgica, de fecha 31 de mayo de 2007, en la que se registra “abordaje post. lat. de Moore (...). Cierre por planos tras comprobar (...) estabilidad y reinsertión de rotadores (...). Redón profundo”. c) Informe de alta del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, de 8 de junio de 2007, relativo a la intervención quirúrgica

realizada “bajo raquianestesia”, en la que se procedió a colocar una prótesis total de cadera izda. “(metal-metal)” y en el que se indica que “durante el posoperatorio inmediato se constata una parálisis del (nervio ciático poplíteo externo) (...). Puede caminar con la ayuda de dos muletas y carga parcial de la extremidad operada. Llevará la férula antiequino siguiendo las instrucciones del Servicio de Rehabilitación”. d) Informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, de 10 de octubre de 2007, en el que se consignan los antecedentes del episodio quirúrgico y se refiere que “se solicita electromiografía urgente, que es informada como de lesión completa del (nervio ciático poplíteo externo) (...). Se deriva al paciente a la Unidad del Dolor”.

En su informe de 30 de abril de 2008, el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología realiza un resumen cronológico de la asistencia sanitaria prestada al reclamante, señalando que “la evolución clínica y radiográfica de la artroplastia es satisfactoria, persistiendo el dolor neuropático, de difícil control farmacológico y con mala tolerancia hepática, en función de la hepatopatía previa del paciente (...). La presencia de una parálisis iatrogénica del nervio ciático tras una intervención de prótesis de cadera es un hecho no infrecuente de este tipo de cirugías (...). En ningún caso puede hablarse de negligencia, mala praxis o (...) asistencia sanitaria defectuosa. No ha habido demora o error en el diagnóstico, se han utilizado una técnica quirúrgica y una preparación perioperatoria estándar para este tipo de intervenciones siguiendo el protocolo habitual (...), no hay demora o error en el tratamiento prescrito, que se ha abordado desde un punto de vista multidisciplinar, ofreciéndosele, al paciente, todo el arsenal terapéutico disponible actualmente”.

**6.** Con fecha 21 de mayo de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, después de detallar los antecedentes del caso, se expone que “el paciente fue correctamente diagnosticado, el tratamiento quirúrgico aplicado fue el recomendado y practicado en este caso, siendo la cirugía la única opción. Las secuelas que presenta guardan relación con un cuadro neurítico, cuya

incidencia está recogida como `riesgo típico´ de esta operación (...). La literatura médica recoge la posibilidad de aparición de lesiones nerviosas después de la realización de artroplastias primarias de cadera, con una presencia (...) de entre un 0,6 y un 1,3% de los casos, habiéndose descrito recuperaciones espontáneas hasta 18 meses después de la cirugía”. Añade que “la presencia de una parálisis iatrogénica del nervio ciático tras una intervención de prótesis de cadera es un hecho no infrecuente en este tipo de cirugías”.

Concluye que “la actuación de los facultativos intervinientes (...) ha sido correcta, ajustada a una buena praxis médica, que puso los medios adecuados para tratar de conseguir el restablecimiento del enfermo”.

**7.** Mediante escritos de 22 de mayo de 2008, el Jefe del Servicio instructor remite una copia del informe técnico de evaluación al Secretario General del Sespa y de todo el expediente a la correeduría de seguros.

**8.** Con fecha 9 de junio de 2008, el Jefe del Servicio instructor envía a la Gerencia del Hospital “X” copia del informe técnico de evaluación, concediéndole un plazo de 10 días para que efectúe las alegaciones que estime pertinentes y proponga cuantos medios de prueba considere convenientes.

Mediante escrito presentado en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 12 de junio de 2008, la representante del Hospital “X” se persona en el procedimiento, acompañando una copia del poder general para pleitos que acredita su condición.

**9.** El día 8 de octubre de 2008, una asesoría privada, a instancia de la compañía aseguradora de la Administración, emite un informe suscrito por tres especialistas, dos de ellos en Traumatología y Ortopedia y uno en Traumatología y Cirugía Ortopédica. En él, tras efectuar diversas consideraciones sobre la articulación de la cadera, el nervio ciático y la artroplastia, sostienen, en referencia a este caso concreto, que “en caderas con luxación congénita previa” la incidencia puede “aumentar hasta un 5,2%” y que

“entre los factores que pueden originar la lesión el menos frecuente es la lesión en el acto quirúrgico, puesto que el nervio ciático (...) está protegido por los músculos rotadores de la cadera, que han sido desinsertados para abrir la cápsula articular y actúan como un escudo del nervio (...). Otra causa es la presión que puede hacer sobre los tejidos el sangrado, a pesar de la utilización de redones (...), también puede existir una mala vascularización de los vasa nervorum del enfermo y originar isquemia del nervio, no hay que olvidar que el origen de la coxartrosis, en este caso, se debe a una necrosis avascular”.

Concluyen afirmando que “al día siguiente del acto quirúrgico fue diagnosticado de parálisis de (nervio ciático poplíteo externo) (...). Se instauró tratamiento ortopédico y farmacológico para tratar la complicación. La prótesis cursó con normalidad (...). La evolución ha cursado con una secuela de pie equino e hipoestesia del territorio de (nervio ciático poplíteo externo). Precisa ortesis antiequino para la marcha (...). De la historia clínica se deduce que la actuación ha sido según lex artis. La parálisis del (nervio ciático poplíteo externo) es una complicación descrita en el consentimiento informado”.

**10.** Evacuado el trámite de audiencia con vista del expediente mediante oficio notificado al interesado con fecha 28 de octubre de 2008, comparece éste en las dependencias administrativas el día 5 de noviembre de ese mismo año y se le hace entrega de una copia de aquél, compuesto en ese momento por ciento ochenta y seis (186) folios, según se refleja en la diligencia extendida al efecto.

Con fecha 14 de noviembre de 2008, presenta el reclamante en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que refiere que existen “evidentes contradicciones” entre el informe técnico de evaluación, que califica las secuelas como “riesgo típico”, y el emitido por la asesoría privada, que las considera “un problema poco frecuente”. Por otro lado, mantiene que “el consentimiento informado suscrito (...) es un mero modelo genérico (...), por lo que su validez a efectos exculpatorios es nula” y afirma que la asistencia médica no ha sido acorde con el estado del saber médico actual, transcribiendo en apoyo de esta pretensión un párrafo del informe privado que acompaña, y



que consigna, en su juicio clínico, que “está claro que en el acto operatorio se produce una lesión grave nerviosa” y que, si bien es cierto que existe “proximidad de nervios en dicha zona, concretamente el (nervio) ciático”, no lo es menos “que una buena pericia hubiese evitado el gran daño que presenta el paciente”, por lo que “no cabe achacar otra causa a la lesión presentada”.

**11.** Con fecha 27 de noviembre de 2008, el Jefe del Servicio instructor notifica a la Gerencia del Hospital “X” un escrito en el que le concede un plazo de 10 días para que presente alegaciones y le remite una copia de las formuladas por el reclamante.

El día 9 de diciembre de 2008, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias el escrito de alegaciones realizadas por la representante del hospital. En él, tras resumir los antecedentes y la actuación sanitaria prestada al paciente, concluye afirmando que la complicación sufrida “debe ser considerada (...) desafortunada, inesperada e indeseada, pero descrita y universalmente aceptada como posible tras una intervención de este tipo”, ya que en todo momento se le han ofrecido “todos los medios y medidas para evitar ésta y cualquier otra complicación”, así como para “diagnosticarla y tratarla una vez producida”.

**12.** El día 15 de enero de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios formula propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación interpuesta. En los fundamentos de derecho hace constar que “de la historia clínica se deduce que la actuación ha sido según `lex artis`” y que “la parálisis del (nervio ciático poplíteo externo) es una complicación descrita en el consentimiento informado”.

**13.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de febrero de 2009, registrado de entrada el día 16 del mismo mes, 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 y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), 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.

En orden a un pronunciamiento sobre la legitimación del Principado de Asturias, la primera consideración que debe efectuar este Consejo es la relativa al carácter del centro y del servicio sanitario a que se refieren los hechos. El reproche del perjudicado se dirige exclusivamente al funcionamiento del Hospital "X", que, como hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 164/2006, de 20 de julio, resulta ser un centro sanitario privado vinculado a la red pública mediante un convenio singular suscrito el día 10 de mayo de 2004 con el Sespa, y en virtud del cual el citado hospital -clasificado como Hospital de Área por Resolución de 7 de abril de 2003, de la Consejería de Salud y Servicios

Sanitarios, de conformidad con lo establecido en el Decreto 71/2002, de 30 de mayo- presta atención especializada médica, quirúrgica o médico-quirúrgica a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en las condiciones establecidas en dicho convenio. En el presente supuesto, aun cuando no se ha afirmado expresamente, cabe deducir que la atención prestada al reclamante lo ha sido en tanto que beneficiario del sistema sanitario público y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido.

En atención a tales circunstancias, este Consejo Consultivo entiende que el eventual resarcimiento de los daños que se pudieran haber ocasionado a un paciente ha de ser imputado a la Administración sanitaria, con el mismo alcance y requisitos que si tal eventual daño se hubiera causado en las propias instalaciones de la sanidad pública. Nos encontramos ante una prestación sanitaria pública para cuya obtención el particular ha de acceder, por la propia organización de la red hospitalaria pública, a un centro no público con convenio al efecto; siendo así que tal hecho no permite excluir la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni puede limitar el ejercicio por los particulares del derecho que les reconoce el artículo 106 de la Constitución y el artículo 139 de la LRJPAC, ya que en definitiva nos encontramos ante el funcionamiento de un servicio público.

El Principado de Asturias, por tanto, está pasivamente legitimado en cuanto titular del servicio público sanitario, que ha sido prestado en virtud de concierto por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de determinados usuarios del Sistema Nacional de Salud; siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 10 de abril de 2008, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 31 de mayo de 2007, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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.

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 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

**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 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 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 pretende una indemnización por los daños sufridos tras el implante de una prótesis de cadera en un hospital vinculado a la red pública a través de un convenio singular, que arrojó como secuela una parálisis del nervio ciático popíteo externo.

La realidad de las secuelas derivadas del implante de la prótesis de cadera sobre las que el perjudicado fundamenta la reclamación planteada ha sido admitida por el centro hospitalario en el que se llevó a cabo la intervención quirúrgica, por lo que cabe considerar acreditada la efectividad del daño alegado, sin perjuicio de la valoración que quepa efectuar en el caso de que este dictamen concluyese que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, la aparición de unos daños con ocasión de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público y que resulta antijurídico.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra un paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por 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 hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En su escrito, el interesado sustenta la tesis de que las lesiones que padece en la actualidad son consecuencia directa de una defectuosa intervención por parte de los facultativos actuantes en lo que, a su juicio, supuso una "inadecuación a la *lex artis ad hoc*". Ahora bien, el éxito de su pretensión depende de que hayan quedado acreditados en el procedimiento tales extremos, lo que exige, en este caso, probar que los daños se han producido como consecuencia de una mala praxis durante la intervención quirúrgica y que el daño es antijurídico. Ninguna de estas condiciones ha quedado demostrada.

No se pone en duda, a la vista de las dolencias que el perjudicado padecía, ni el diagnóstico de su enfermedad ni la necesidad de tal intervención para intentar paliar sus efectos adversos. Aunque existen diversas causas que explican las secuelas del reclamante, la Administración, en los diferentes informes que obran en el expediente, asume que la lesión del nervio ciático pudo producirse como consecuencia de la intervención practicada. Pero, incluso

admitida esta causalidad material, ello no basta para que el resultado resulte jurídicamente imputable al funcionamiento del servicio público si no se demuestra, de manera simultánea, que el desarrollo de la operación se ha realizado vulnerando la *lex artis*. En este caso ocurre lo contrario, ya que los informes no hacen sino avalar la corrección de los procedimientos utilizados y la posibilidad de que, a pesar de ella, puedan derivarse lesiones como las aquí descritas para el paciente.

El reclamante pretende fundamentar su pretensión en el informe médico privado que aporta al procedimiento y en los que adjunta la Administración. El primero nada demuestra sobre la incorrección de la intervención, ya que se limita a afirmar, de manera axiomática, que “una buena pericia hubiese evitado el gran daño que presenta el paciente”, aunque no concreta en ningún momento de qué modo se produce esa supuesta falta de “buena pericia”, y no acompaña prueba alguna al respecto. Los informes de la Administración tampoco permiten deducir otra cosa, sino que avalan la tesis contraria a la pretensión del reclamante.

El perjudicado alega, en primer lugar, una negligencia médica durante la intervención, al considerar demostrado que la lesión se produjo por el uso de los separadores. Entiende que así se desprende de una valoración conjunta del informe de la asesoría privada, en el que se señala como una de las posibles causas de la lesión del nervio ciático durante la operación la presión de un separador, y del informe técnico de evaluación, en el que se menciona que “la etiología de la lesión nerviosa puede deberse a la compresión (...) por el uso de separadores durante el acto quirúrgico o hematomas locales que se intentan minimizar con el uso de drenajes quirúrgicos, tal y como se hizo con este paciente”. Este último inciso supone, a juicio del reclamante, el reconocimiento por la Administración del origen de la lesión en la utilización de la referida técnica. Ahora bien, tal conclusión no se corrobora con una interpretación cabal de los citados informes, de los cuales únicamente se deriva la potencialidad del uso de los separadores para causar la lesión, pero no la constancia de que su utilización hubiera sido la causante del daño en el caso concreto. El informe



técnico de evaluación sólo acredita el uso de los drenajes quirúrgicos para evitar los riesgos de lesiones por los separadores o hematomas locales, pero no confirma que estas circunstancias se hayan producido. Es más, se recoge en el mismo informe, y de manera similar en el de la aseguradora, que “no se evidencia negligencia, mala praxis, ni asistencia sanitaria defectuosa (...), se ha utilizado la técnica quirúrgica y la preparación preoperatoria estándar, siguiendo el protocolo habitual del Servicio (y) se le proporcionaron al paciente todos los medios y medidas para evitar esta complicación”; por tanto, ninguna negligencia médica ha quedado demostrada, como reconoce la asesoría privada en sus consideraciones al afirmar que “no consta ninguna actuación anómala, ni fue detectada alguna alteración en el momento del acto quirúrgico”.

En segundo lugar, estima el reclamante que la calificación realizada por los citados informes de la lesión del nervio ciático como “riesgo típico” de la intervención de prótesis de cadera no es sostenible conforme a la definición que ofrece la Real Academia Española, dado que su incidencia se cifra entre un 0,6 y un 3%, dependiendo de si nos referimos al documento de consentimiento informado, al informe técnico de evaluación o al de la asesoría privada de la Administración. Sin embargo, tal aproximación semántica no se corresponde con la utilización del término “riesgo típico” en el lenguaje médico, que no parte de la acepción meramente “cuantitativa” del concepto (como sinónimo de frecuencia, incluso con la connotación de “alta frecuencia”), sino de la “cualitativa”, a la que también se refiere la Real Academia cuando señala que “típico” es, asimismo, aquello que es “peculiar de un grupo, país, región, época, etc.”, de tal suerte que en “lo demás” bien pueden considerarse incluidas las consecuencias inherentes a las intervenciones quirúrgicas. De hecho, la “tipicidad” del riesgo, al margen de su frecuencia, conforma la obligación de información al paciente sobre las consecuencias de una intervención (tal y como establecen las Sentencias 3/2001, de 12 de enero, y 478/2009, de 30 de junio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>), y es lo que explica que el riesgo de lesión del nervio ciático aparezca, sin adjetivo alguno y con una incidencia del 1 al 3%, en el documento de consentimiento informado

suscrito por el reclamante el 22 de diciembre de 2006, con advertencia de que las lesiones pueden ser irreversibles. En este sentido, el informe técnico de evaluación indica que dicha lesión es una “complicación desafortunada, indeseada (e) inesperada, pero descrita y universalmente aceptada como riesgo típico tras una intervención de este tipo”.

Sirva esta digresión en torno al significado que cabe dar a la expresión “riesgo típico”, con las consecuencias jurídicas que procedan en el presente procedimiento, para descender al análisis de la argumentación esgrimida por el reclamante de que un riesgo improbable debería privar de efectos jurídicos –principalmente, el de excluir la antijuridicidad del daño- a la firma por el paciente del consentimiento informado con tal advertencia. No es de tal parecer este Consejo, para el que justamente el efecto que despliega el consentimiento informado de tal riesgo para esa intervención quirúrgica es precisamente el de poner en conocimiento del paciente (y ello por imperativo legal) la “peculiaridad” presente en la operación a la que va a ser sometido, y que permite distinguir la misma de otras en las que los riesgos típicos serán distintos y no esos concretos, todo ello con independencia del “quantum” del riesgo. Colocar el acto médico bajo el frío cálculo de probabilidades en forma de porcentaje de éxito o fracaso sobre la base de precedentes estadísticos frenaría toda posibilidad de progreso en la ciencia o arte médico, que, como ya ha tenido ocasión de manifestar este Consejo en dictámenes anteriores, es un acto de medios y no de resultado, y ello con independencia de que en casos como el presente, desgraciadamente, se hayan materializado alguno de los riesgos típicos de la intervención quirúrgica.

Al hilo de lo anterior, y en apoyo de su pretensión indemnizatoria, el reclamante impugna el consentimiento informado por él prestado, argumentando que dicho consentimiento sería consecuencia de la necesidad de la intervención a la que se vio abocado para detener el proceso degenerativo en el que se encontraba, y para cuyo freno aquella era la única solución, añadiendo que el mencionado consentimiento informado respondía a un modelo genérico, “que no contiene multitud de cuestiones de las que debería haberse

informado a esta parte”, por lo que concluye que “su validez a efectos exculpatorios es nula”.

Al respecto llama la atención la valoración que merece al interesado el consentimiento informado, que quiere convertirlo en un simple acto debido de escasa información y nula trascendencia, cuando un examen detallado de la historia clínica obrante en el expediente relativa al mismo permite constatar que han sido varios los consentimientos por él firmados con finalidades totalmente diferentes, de cuya lectura se desprende que cada consentimiento lo es para un acto determinado, con sustantividad y efectos propios y claramente diferenciados, derivados de la peculiaridad de cada actuación médica. Así, figuran en el expediente, entre otros, un consentimiento para anestesia general, de fecha 15 de noviembre de 2007; uno para autotransfusión, de 15 de julio de 2007; uno para prótesis total de cadera, de 22 de diciembre de 2006, del cual trae causa la presente reclamación, y uno para anestesia regional-bloqueos centrales de 1 de marzo de 2007. Un simple examen de los citados documentos revela bien a las claras que no estamos ante modelos genéricos de nulo o escaso valor informativo y pone de relieve, incluso para un lego en la materia, la peculiaridad de cada una de las asistencias recibidas. No cabe pues hablar, como hace el reclamante, de una especie de “acto debido”, de carácter genérico y de escasa información.

Por lo demás, este Consejo ya ha tenido oportunidad de expresar en ocasiones anteriores su criterio acerca del sentido que cabe dar a la prestación del consentimiento informado, cuya regulación se encuentra en 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. Al respecto, y reiterando el parecer ya expresado, entre otros, en nuestro Dictamen Núm. 326/2009, debemos señalar que la finalidad de la citada Ley 41/2002, de conformidad con la Constitución y con los convenios internacionales suscritos sobre la materia, y como su propio nombre indica, es reconocer al paciente su autonomía individual, como expresión de su dignidad humana y de su derecho a la integridad física y moral. Ello significa que el

consentimiento informado se concibe, no como un acto puntual y de tipo contractual con el servicio sanitario, sino como un proceso en el que el paciente ejerce su autonomía personal; de ahí que discurren en paralelo la información médica y el consentimiento en continuar recibiendo la atención sanitaria ofrecida. La Ley presupone una relación de mutua confianza entre médico y paciente, lo que conduce a que por regla general, como se establece en su artículo 4.1, baste que en la historia clínica haya constancia de que al paciente se le tiene informado. Sólo en actos relevantes de ese proceso, como es el caso de una intervención quirúrgica, se exige la formalización por escrito del consentimiento. Aunque no lo impone expresamente la Ley, en aras de su mejor cumplimiento y de la seguridad jurídica tanto del paciente como del médico, también se suele incluir en el escrito de consentimiento un resumen de lo más relevante de la información que éste debe dar a aquél, de manera comprensible y suficiente, sobre la conveniencia o la necesidad de la intervención, en qué va a consistir y los riesgos habituales de la misma.

En el presente caso, constan en la hoja de consentimiento informado una explicación acerca de la intervención quirúrgica, las posibles alternativas diagnósticas y los riesgos derivados de aquélla, recogiendo también en él que el paciente ha tenido la posibilidad de formular preguntas y de aclarar sus posibles dudas, hallándose firmado por el reclamante, por lo que consideramos que es conforme con la normativa de aplicación y que crea la obligación jurídica de soportar el daño padecido, el cual, como ya hemos razonado, no ha quedado probado que sea consecuencia de una infracción de la *lex artis* ni de una deficiente atención sanitaria.

En suma, los informes emitidos en el procedimiento coinciden en señalar que la actuación de los médicos fue adecuada y conforme a la *lex artis*, pues se utilizaron todos los medios disponibles para el diagnóstico y el tratamiento del paciente, por lo que no cabe establecer una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños que el reclamante sufre, toda vez que los mismos serían manifestación de uno de los riesgos de la

intervención a que fue sometido y que asumió al firmar el consentimiento informado.

Por ello, no resulta posible imputar al funcionamiento del servicio público sanitario responsabilidad por los perjuicios alegados.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por .....

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.