

Expediente Núm. 339/2013  
Dictamen Núm. 287/2013

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

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa María*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 23 de octubre de 2013, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 25 de mayo de 2012, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos tras la asistencia sanitaria dispensada en un centro hospitalario público.

Relata que en el año 2010 se sometió en el Hospital ..... a “dos intervenciones quirúrgicas para tratamiento de tumoración de partes blandas a nivel ilíaco izquierdo, detectado por resonancia magnética de caderas” practicada en el mes de enero de ese año, y precisa que “en la primera de

ellas, con fecha 18-03-2010, se realizó incisión sobre cresta ilíaca izquierda con abordaje de la fosa ilíaca interna, realizándose tomas para estudio de A. Patológica para, posteriormente, con fecha 17-06-2010, bajo anestesia general, realizarle exéresis de la tumoración quística situada entre psoas y el m. ilíaco”.

Tras esta “última operación pierde fuerza en la pierna izquierda (a nivel de cuádriceps y fallo de rodilla), lo que, evidentemente, no padecía con anterioridad”. Dada la persistencia de la sintomatología se somete a una exploración neurofisiológica de la que resulta, con fecha 7 de febrero de 2011, el diagnóstico de “signos de radiculopatía aguda a nivel de L5 bilateral con rasgos de cronicidad en L5 izquierdo” y “signos de neuropatía del nervio femoral izquierdo con pérdida axonal sin signos de recuperación en el momento actual”. Indica que el día 25 de ese mismo mes el “traumatólogo que le intervino” reconoce que, “sin justificación alguna, le había cortado el nervio femoral en la operación” y solicita, “ante la insistencia del compareciente, consulta en el Servicio de Medicina Física y Rehabilitación” del referido centro, “realizando tratamiento rehabilitador desde el 7-03-2011 hasta el 6-06-2011 con programa de cinesiterapia y corrientes exponenciales para cuádriceps izquierdo”, pese al cual no experimentó mejoría, por lo que fue dado de alta en la fecha señalada -6 de junio de 2011- “con el diagnóstico principal de lesión del nervio crural izquierdo tras exéresis de masa ilíaca y entesopatía de hombro”.

Concluye que dicha neuropatía “solo puede traer causa de la intervención” practicada, y solicita ser indemnizado en la cantidad de quinientos mil euros (500.000 €).

Adjunta, entre otros, los siguientes documentos: a) Informe relativo a la resonancia magnética realizada en el mes de enero de 2010, en la que consta que “de forma incidental se visualiza parcialmente una masa de 7 x 7 cm de tamaño localizada en el espacio retroperitoneal inmediatamente anterior al m. psoas izquierdo”, recomendándose “estudios complementarios para descartar la posibilidad de un sarcoma de partes blandas tipo histiocitoma fibroso maligno”. b) Informes de alta emitidos tras las dos intervenciones

mencionadas, refiriéndose el primero, de fecha 22 de marzo de 2010, a la realización de una "incisión sobre cresta ilíaca izda. con abordaje de la fosa ilíaca interna, realizándosele tomas para estudio de A. Patología", y el segundo, de 21 de junio de 2010, a la "exéresis de la tumoración quística". c) Hojas de intervención quirúrgica, correspondientes a las operaciones llevadas a cabo el 18 de marzo y el 17 de junio de 2010. d) Informe de Neurofisiología Clínica, de fecha 7 de febrero de 2011. e) Informe de alta del Servicio de Medicina Física y Rehabilitación, de 8 de junio de 2011.

**2.** Mediante escrito notificado al reclamante el 19 de julio de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios le comunica la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos del silencio administrativo.

**3.** Mediante escrito de 20 de junio de 2012, el Servicio del Área de Reclamaciones del hospital remite al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios una copia de la historia clínica del paciente.

El día 25 del mismo mes, le envía los informes médicos relativos a la atención dispensada por el Servicio de Medicina Física y Rehabilitación, que se corresponden con los de alta tras el tratamiento seguido, fechados los días 8 de junio de 2011 y 21 de junio de 2012.

El 19 de octubre de 2012 le traslada el informe suscrito el 8 del mismo mes por el Jefe del Servicio de Traumatología. En él expone que el "carácter de benignidad" de la tumoración intrapélvica "se comprobó" mediante biopsia-incisión en el mes de marzo de 2010, teniendo lugar la "cirugía definitiva (biopsia-escisión)" en el mes de junio de 2010. Durante esta última se procedió a la "extirpación completa de la tumoración situada entre el músculo psoas y el músculo ilíaco, produciéndose una lesión del nervio crural al proceder al despegamiento de la gran fibrosis que rodeaba la mencionada tumoración". Precisa que, si bien "el curso posoperatorio del paciente no presentó ninguna complicación", durante los posteriores controles "se va

apreciando con nitidez la neuropatía del crural izquierdo”, confirmada tras la realización del pertinente “examen neurofisiológico”. Señala que “fue consultado por última vez en mayo-2011, manifestando el paciente cierto grado de mejoría con el tratamiento rehabilitador (electroestimulación)”. Añade que “se le propuso una nueva cirugía, de la cual tenemos experiencia, para transposición de bíceps y semitendinoso a cuádriceps (flexores de rodilla a extensores)”, y que este tipo de intervención, realizada “en pacientes con poliomielitis y con resecciones amplias del compartimento anterior del muslo, es capaz de mejorar considerablemente la estabilidad en extensión de la rodilla, pudiéndose prescindir incluso del uso de una ortesis”, sin que desde dicha consulta -27 de mayo de 2011- haya vuelto a ser “revisado en nuestro Servicio”.

**4.** Con fecha 7 de febrero de 2013, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias traslada al Servicio instructor el oficio del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 6 de febrero de 2013 por el que se solicita el expediente correspondiente a la reclamación que se analiza, contra cuya desestimación presunta se interpuso recurso contencioso-administrativo.

Consta remitido el referido expediente al Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias el 5 de marzo de 2013.

**5.** El día 21 de febrero de 2013, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él manifiesta, entre otras consideraciones médicas, que “las características anatómicas del nervio femoral justifican su susceptibilidad a ser lesionado durante la realización de procedimientos quirúrgicos que afecten al área pélvica”, concluyéndose que, “si bien existe una evidente relación de causalidad entre la intervención quirúrgica y la lesión” del nervio crural, “la misma no es infrecuente en el abordaje quirúrgico de las masas que se asientan en fosa ilíaca (entre otros). La propia existencia de un hematoma en esta zona (confirmado tanto por TC como por biopsia posterior), constituye en

sí mismo un factor de riesgo que puede comprimir este nervio, motivo por el que previsiblemente se decidió su exéresis quirúrgica”.

Por último, subraya que no se han “agotado las posibilidades terapéuticas puestas” a disposición del afectado, pues “desde la fecha de la propuesta” de nueva intervención no “fue revisado nuevamente en Traumatología”.

**6.** Con fecha 5 de marzo de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

**7.** Obra incorporado al expediente el informe emitido por tres especialistas - dos de ellos en Traumatología y Ortopedia y el tercero en Traumatología y Cirugía Ortopédica- con fecha 20 de mayo de 2013, a instancia de la compañía aseguradora de la Administración. En él se concluye que “se realizaron las pruebas (...) correctas para el adecuado diagnóstico anatomopatológico de la lesión (...). Se le intervino para la extirpación de la masa. La intervención se realizó por la vía de abordaje correcta; sin embargo, la fibrosis peritumoral hizo que se lesionara el nervio femoral (...). El paciente presenta como secuelas un déficit para la extensión de la rodilla, lo que le obliga a caminar con ortesis estabilizadora de rodilla izquierda con articulación de rodilla de eje retrasado y bastón (...). Los controles posteriores, pruebas diagnósticas e indicaciones terapéuticas fueron las adecuadas”.

**8.** Mediante escrito notificado al interesado el 12 de junio de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

**9.** Con fecha 28 de junio de 2013, el perjudicado presenta un escrito de alegaciones en el que afirma haber “encargado recientemente” informes

periciales. Indica que ingresó el día 12 de mayo de 2010 y que firmó los correspondientes “consentimientos para la anestesia (...) y la autorización para intervención quirúrgica consistente en escisión marginal (de) tumoración quística pélvica”, siendo, a su juicio, un “dato relevante y definitivo la ausencia de consentimiento sobre los riesgos de la operación”, pues “en ningún momento recibió información” sobre “la posible afección del nervio crural”, ni sobre “otras alternativas posibles a la intervención”. Aclara que en ese momento se suspendió la operación debido a la medicación que tomaba y que esta se practicó finalmente en el mes de junio sin que firmara un consentimiento distinto.

Estima que la mención contenida en el “breve documento” previo a la exéresis de la masa intrapélvica, referida a que se han “explicado las posibles complicaciones al paciente”, no incluye “de forma pormenorizada el diagnóstico, procedimiento terapéutico propuesto y sus complicaciones o riesgos típicos directamente relacionados con la escisión tumoral”, tales como “la posibilidad de lesión nerviosa, lesión vascular, infección, sangrado, trombosis venosa profunda, tromboembolismo pulmonar”.

Señala que, dados los resultados de la Anatomía Patológica, “la exéresis” era “solo (...) una de las posibilidades a considerar, pues existían otras como, por ejemplo, el control con pruebas de imagen de la masa intrapélvica para valorar su evolución”, y que “de conocer esos riesgos posibles de lesión y los efectos de su tratamiento (...) hubiera podido ponderar su decisión”. Considera, por último, que existió una “mala praxis médica a la hora de la intervención, ya que se ha vulnerado la *lex artis* al haber omitido el cuidado exigido al no proceder a una disección meticulosa del tumor de las estructuras colindantes, identificando el nervio crural a la altura de la ingle y preservando su integridad anatómica”, toda vez que se trataba de “un tumor benigno encapsulado, pudiendo ser extirpado perfectamente respetando la integridad del nervio”, pues “su cápsula” era “perfectamente separable de las fibras nerviosas”.

**10.** El día 8 de octubre de 2013, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma que la reclamación “debe entenderse extemporánea, al darse el supuesto de prescripción”, pues, de acuerdo con la jurisprudencia que cita al efecto, “los tratamientos paliativos o rehabilitadores no interrumpen la prescripción (...), y en el entendimiento de que el dies a quo será aquél en el que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto”, lo que en el presente supuesto “ha de ligarse con el momento en el que el paciente es remitido a rehabilitación desde la consulta de Traumatología y se anotan en la historia clínica las secuelas que vienen a ser definitivas: paresia crural y de L5. Secuelas que se objetivan a la vista de la exploración neurofisiológica realizada el 07-02-2011”.

En cuanto al análisis de los hechos que motivan la reclamación, considera que “la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la lex artis”, y por lo que se refiere a las alegaciones del interesado de “no haber sido adecuadamente informado de los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometido”, estima que “obran en el expediente (...) los documentos de consentimiento informado”, firmados por él, “relativos a la anestesia, biopsia y procedimiento quirúrgico a realizar, este último el 12 de mayo de 2010”.

**11.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de octubre de 2013, registrado de entrada el día 4 de noviembre de 2013, 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 Sanidad, 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.

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

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 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 25 de mayo de 2012, y, dado que la lesión del nervio femoral se manifiesta con posterioridad a la intervención llevada a cabo el 17 de junio de 2010, resulta necesario fijar en qué instante puede considerarse determinado el alcance de las secuelas.

La Administración entiende, y así consta en la propuesta de resolución, que tal “momento” es aquel “en el que el paciente es remitido a rehabilitación desde la consulta de Traumatología y se anotan en la historia clínica las secuelas que vienen a ser definitivas: paresia crural y de L5”; secuelas que,

según afirma, “se objetivan a la vista de la exploración neurofisiológica” realizada el día 7 de febrero de 2011. Estima, por tanto, que la reclamación es extemporánea y que procede aplicar “la doctrina jurisprudencial que indica que los tratamientos paliativos o rehabilitadores no interrumpen la prescripción”.

Sin embargo, de la documentación obrante en el expediente no se deduce con claridad que en ese momento el paciente tuviera pleno conocimiento del alcance del daño, ni de que la rehabilitación, que, según su testimonio, se le procura ante su propia insistencia (lo que el responsable del Servicio no desmiente) y que se prolonga durante tres meses, no pudiera suponer ninguna mejora. Por otro lado, tampoco resulta acreditado que le fuera advertida de forma expresa una eventual imposibilidad de recuperación por la consideración de “definitivas” de sus secuelas.

El perjudicado afirma que en la consulta del día 25 de febrero de 2011 el facultativo que le había operado reconoció que “le había cortado el nervio” y que él mismo, como acabamos de señalar, insta el inicio de la rehabilitación. En las hojas de curso clínico figura anotada esta solicitud, y en el mes de mayo de 2011 se indica que “está haciendo (tratamiento) rehabilitador (electroestimulaciones) desde abril. Está mejorando”; mención esta última que, según informará el Jefe del Servicio de Traumatología, responde a manifestaciones del propio paciente.

De lo expuesto resulta que con anterioridad a la finalización del tratamiento rehabilitador desarrollado entre los meses de marzo y junio de 2011 no cabe inferir que el afectado tuviera conocimiento de la extensión de la lesión, respecto de la cual se aprecia incluso una cierta mejoría. Aunque el 7 de febrero de 2011 el informe de Neurofisiología Clínica consignara como impresión diagnóstica “signos de neuropatía del nervio femoral izquierdo con pérdida axonal, sin signos de recuperación en el momento actual”, no consta que este último inciso se tradujera en una información clara respecto a la irreversibilidad del daño. Por tanto, y de acuerdo con el principio de la *actio nata*, debemos entender que el interesado no conoce el alcance del daño hasta el momento en que finaliza el tratamiento rehabilitador, en el mes de junio de 2011, por lo que no puede perjudicarle la prescripción.

En definitiva, presentada la reclamación con fecha 25 de mayo de 2012, y habiendo recibido el alta en el Servicio de Rehabilitación el día 8 de junio de 2011, hemos de considerar 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.

Ahora bien, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 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.

Sin embargo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de

lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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

A su vez, el artículo 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 atribuye a la intervención quirúrgica practicada para la extirpación de un tumor benigno en la zona pélvica el padecimiento de diversos daños. En primer lugar, deriva de ella una lesión del nervio femoral ocurrida durante su desarrollo que achaca a la existencia de una “mala praxis médica”; en segundo lugar, alega insuficiencia de la información facilitada con carácter previo a la operación, al no constar detallado en el documento de consentimiento informado suscrito el 12 de mayo de 2010 la posible complicación efectivamente sufrida, y, por último, considera que tampoco se le advirtió de las posibles alternativas al abordaje quirúrgico de su dolencia, por las que -a su juicio- podría haberse decantado de haber conocido los riesgos asociados a aquella.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Al respecto, y 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 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*.

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 es criterio firme de este Consejo 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 esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

La Administración no discute la producción del daño, consistente en la afectación del nervio femoral durante la operación llevada a cabo el día 17 de junio de 2010, reconociéndolo así el propio Jefe del Servicio de Traumatología en su informe. Sin embargo, del expediente no se infiere la mala praxis denunciada por el paciente, quien se limita a sostener en su escrito de alegaciones que se ha "omitido el cuidado exigido al no proceder a una disección meticulosa del tumor de las estructuras colindantes, identificando el nervio crural a la altura de la ingle y preservando su integridad anatómica", entendiéndose al efecto que "esta estructura vital vecina" debió ser "aislada, controlada y expuesta previamente a la resección del tumor", pues siendo "benigno" puede "ser extirpado perfectamente respetando la integridad del nervio porque su cápsula es perfectamente separable de las fibras nerviosas". Tales afirmaciones carecen -pese a los anunciados "informes periciales" encargados por el reclamante- de sustento documental alguno, y a ellas se

oponen las consideraciones médicas vertidas en los informes incorporados al expediente por la Administración, que no quedan desvirtuadas por las meras manifestaciones del afectado.

En este sentido, en el informe del Servicio interviniente se indica escuetamente que la lesión tuvo lugar “al proceder al despegamiento de la gran fibrosis que rodeaba la mencionada tumoración”, aclarando el informe emitido a instancia de la aseguradora que de ello se deduce que “el nervio crural (...) se encontraba englobado en la gran fibrosis que rodeaba a la tumoración”, y precisa que dicho nervio “no es generalmente visible en el curso que separa” el músculo “psoas del ilíaco”. Por su parte, la hoja de intervención quirúrgica refleja que la tumoración se encontraba, precisamente, “situada entre el psoas y el m. ilíaco”, siendo la pieza calificada en la historia clínica como “voluminosa”.

Tampoco justifica el perjudicado la viabilidad de la única alternativa terapéutica que enuncia, consistente en el control de la tumoración -cuya benignidad era conocida con carácter previo a la intervención- mediante “pruebas de imagen” para “valorar su evolución”. Frente a ello, los especialistas señalan la corrección de la realización de la “escisión con borde marginal de la tumoración, dada la sintomatología de dolor y de alteraciones sensitivas que presentaba el paciente”, habiéndose efectuado con carácter previo a la misma “un TAC para una nueva reevaluación de la masa de partes blandas”.

El reclamante vincula la posibilidad de optar por alternativas distintas a la opción quirúrgica con la insuficiencia del consentimiento prestado y de la información facilitada con anterioridad a aquella, pues expone que de haber conocido que existían riesgos como el efectivamente materializado “hubiera podido ponderar su decisión”. Si bien, como acabamos de razonar, no resulta acreditado que existieran otras posibilidades terapéuticas distintas a la exéresis, sí debemos examinar si -como alega el perjudicado tras el trámite de audiencia- existió “falta de una adecuada información de los posibles riesgos de la cirugía”.

Tal carencia se centra, según razona, en la insuficiencia de los consentimientos informados por él suscritos “tanto para la realización de la biopsia como para la exéresis de la masa intrapélvica”, al no incluir “de forma específica” este último la posible lesión nerviosa como una de las “complicaciones o riesgos típicos” de la misma.

Hemos de comenzar señalando que el artículo 8 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, dispone 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”; consentimiento que, según el apartado 2, “será verbal por regla general”, y por escrito en los casos de “intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”. La eventual ausencia del consentimiento del paciente comporta, según reiterada doctrina jurisprudencial, 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. 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 -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 y de 9 de marzo de 2005).

En el supuesto planteado no ofrece duda que la naturaleza de la intervención realizada requería, de conformidad con la citada Ley 41/2002, la constatación escrita de su consentimiento, como efectivamente se hizo.

Sin embargo, y como cuestión previa de necesaria delimitación, de lo expuesto se desprende que el interesado asume la condición de riesgo típico del daño causado, si bien la Administración no se pronuncia al respecto con la precisión deseable, pues se limita a afirmar en el informe técnico de evaluación que la lesión “no es infrecuente en el abordaje quirúrgico de las masas que asientan en fosa ilíaca (entre otros)”, explicando que “las características anatómicas del nervio femoral justifican su susceptibilidad a ser lesionado durante la realización de procedimientos quirúrgicos que afecten al área pélvica”. Por su parte, los especialistas en Traumatología afirman únicamente que el nervio femoral “puede lesionarse durante una operación a nivel de la pelvis”, como en las “prótesis de cadera” y en las “fracturas de cotilo”, pero tampoco indican de forma expresa que el daño causado constituya la materialización de un riesgo típico.

No obstante, la calificación como riesgo típico resulta de la máxima trascendencia, puesto que, de confirmarse, la antijuridicidad del daño quedaría excluida comportando la obligación del paciente de aceptarlo; deber jurídico que no existiría de no constituir una complicación de esa índole. Pese a la imprecisión de la instrucción sobre este extremo, resulta sumamente clarificador el modelo de “documento de consentimiento informado para tumores de partes blandas, quistes y gangliones” que la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología (en adelante SECOT) pone a disposición del público en general, y en el que se describe, efectivamente, como riesgo típico la “lesión de nervios de la zona” de la que se extrae el tumor, “que puede condicionar una disminución de la sensibilidad o una parálisis”; lesión que, según se indica, “puede ser temporal o definitiva”.

Sentado lo anterior, y aceptado el carácter de riesgo típico de la lesión producida, resulta que en el documento sometido a la firma del paciente no figura aquel, pues, a diferencia del modelo que acaba de citarse -y que, como señalamos, facilita la propia SECOT-, el ofrecido al afectado con ocasión de la “escisión marginal (de) tumoración quística pélvica” es una “autorización para intervenciones quirúrgicas o exploraciones especiales” en la que únicamente se reseña que al paciente le “han sido explicados el propósito y naturaleza del

procedimiento, así como sus posibles complicaciones”, sin que se detallen estas últimas en la forma ejemplificada. A mayor abundamiento, cabe destacar que el modelo empleado es también el utilizado para la biopsia, y que en este último se identifica al paciente únicamente a través de su firma, pues no aparecen cubiertos sus datos nominativos.

Consideramos, en definitiva, que el mencionado documento no satisface la finalidad informativa que justifica su existencia. En tal sentido, este Consejo Consultivo ha manifestado en dictámenes anteriores que, si bien el deber de informar no tiene el carácter de absoluto y omnicompreensivo, obviamente sí ha de extenderse a las complicaciones y a los riesgos que pueden surgir durante la operación y a posteriori, a los “riesgos relacionados con las circunstancias personales (...) del paciente” y a los “riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia”, en los términos de lo establecido en el artículo 10.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Resulta obvio que para que el consentimiento prestado por un paciente sea eficaz es preciso que se dé con conocimiento de causa, lo que radica en la entidad de la información suministrada por el servicio sanitario y recibida por el enfermo como garantía de prestación de un consentimiento expresa y suficientemente informado, cuya relevancia como manifestación de la facultad de autodeterminación del paciente -facultad inherente a su derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la Constitución)- ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

Cabría valorar entonces la concreta información verbal facilitada al interesado, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo, la ausencia del soporte documental del riesgo no conduce automáticamente a la negación del consentimiento, cuya realidad puede acreditarse por distintos medios; sin embargo, ello supone invertir la carga de la prueba de que efectivamente se proporcionó la información pertinente y se prestó el consentimiento, prueba de un hecho positivo que ha de aportar la Administración (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de junio de 1999, 4 de abril de 2000 y, más recientemente, 25 de abril de 2005 -todas ellas de la Sección 6.ª-, así

como las de 25 de mayo y 27 de diciembre de 2011 -ambas de la Sección 4.<sup>a</sup>-). También hemos señalado en ocasiones precedentes (entre otras, en el Dictamen Núm. 361/2011) que no cabe excluir *a priori* la eficacia del consentimiento verbal; ahora bien, la Administración ha de probar que se proporcionó la información adecuada al paciente, no resultando suficiente a tales efectos "la mera aceptación de la intervención -presumible por su carácter programado, pero carente de sentido informativo-".

Sin embargo, en el expediente analizado la Administración sanitaria limita su réplica a la denunciada falta de información a consignar en la propuesta de resolución que "obran en el expediente firmados los documentos de consentimiento informado relativos a la anestesia, biopsia y procedimiento quirúrgico a realizar, este último con fecha 12 de mayo 2010", siendo evidente que en ellos no se recoge el riesgo típico concretado. Del examen de la documentación incorporada al expediente no resulta, tampoco, vestigio alguno que pruebe que en algún momento del proceso asistencial -ni con anterioridad a la intervención finalmente realizada en junio, ni con la inicialmente suspendida y programada para el mes de mayo- se haya informado al reclamante de la eventualidad de la materialización de la complicación; aspecto sobre el cual no se pronuncia ni el Servicio interviniente, ni el informe técnico de evaluación, ni el informe pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora, en consonancia, por otra parte, con el hecho de que el paciente nada invoca al respecto hasta las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia, pero, igualmente, de forma correlativa a la propia y advertida falta de referencia al carácter típico del riesgo sufrido.

En definitiva, aunque no resulta acreditada una vulneración de la *lex artis ad hoc* en cuanto a la actuación estrictamente quirúrgica del caso, no podemos deducir de la documentación obrante en el expediente la suficiencia de la información facilitada con carácter previo a su realización, por lo que entendemos que en este singular aspecto ese déficit informativo ha ocasionado un daño moral antijurídico derivado de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente que aquella falta comporta que es generador de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al haberse

materializado uno de los riesgos de los que debió haber sido informado el afectado.

**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.

Al respecto, hemos de advertir que la Administración, dado el carácter desestimatorio de la propuesta de resolución que formula, no ha analizado la valoración efectuada por el interesado, quien tampoco justifica el alcance de su petición ni el de los elementos indemnizatorios que la integran, entre los que incluye, además de los “días impeditivos” -respecto de los que sí consta que siguió rehabilitación durante el periodo comprendido entre el 7 de marzo y el 6 de junio de 2011-, la secuela de “neuropatía del nervio femoral”, la “agravación de artrosis de hombro” y un “perjuicio estético moderado” que deparan, a su vez, “una incapacidad permanente parcial para su ocupación habitual, además de haber tenido que realizar adecuaciones en la vivienda (baño) para adaptarlas a sus limitaciones”.

En el informe de alta emitido por el Servicio de Medicina Física y Rehabilitación con fecha 21 de junio de 2012 figura como diagnóstico principal el de “anormalidad de la marcha” e “inestabilidad de rodilla izquierda por parálisis del n. crural”, habiéndose prescrito el uso de “ortesis estabilizadora de rodilla izquierda”.

A la vista de ello, procede que la Administración actuante, mediante la práctica de una comprobación contradictoria, realice los actos de instrucción y valoración médica que sean necesarios para determinar el alcance de las secuelas vinculadas a la lesión del nervio crural sufrida, determinando la indemnización que ha de abonar al perjudicado. Consideramos indemnizable, además, el periodo transcurrido entre el alta hospitalaria tras la intervención -21 de junio de 2010- y la finalización de la rehabilitación -6 de junio de 2011-, periodo que comprende 350 días, todos ellos no impeditivos. A tal fin, como ya hemos señalado en dictámenes anteriores, parece apropiado valerse del

baremo establecido al efecto en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), que, si bien no resulta de aplicación obligatoria, puede ser utilizado, con carácter orientativo, a falta de otros criterios objetivos. En este sentido, la utilización de las cuantías de la tabla V, en su actualización anual por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, haría innecesaria la aplicación de lo dispuesto en el artículo 141.3 *in fine* de la LRJPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a ..... en los términos anteriormente señalados.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.