En Logroño, el 18 de mayo de 2023, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido, en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de los Consejeros, D. Enrique de la Iglesia Palacios, Dª Amelia Pascual Medrano, Dª Ana Reboiro Martínez-Zaporta y Doña Dª. Mª Belén Revilla Grande, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente Dª Ana Reboiro Martínez-Zaporta, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

33/23

Correspondiente a la consulta formulada por la Excma. Sra. Consejera de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de *responsabilidad patrimonial promovido por Dª. M.I.R.B., en solicitud de una indemnización total de 123.451,15 euros, por las lesiones y secuelas derivadas del diagnóstico tardío de la fractura de menisco externo, que se confirmó padecía, tras la artroscopia que le fue realizada en el Hospital San Pedro, de Logroño, el 26 de junio de 2018, dos años después de iniciarse su seguimiento por parte del Servicio de Traumatología de la Fundación Hospital de Calahorra, en 2016.*

ANTECEDENTES DE HECHO DE LA CONSULTA

Primero

Mediante escrito de fecha 25 de marzo de 2022, dirigido al Servicio Riojano de Salud, con entrada en el Registro General del Gobierno de La Rioja el día 28 de igual mes, Dª. M.I.R.B. formuló reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública frente al Servicio Riojano de Salud, sustentándola en los siguientes hechos:

> *"La reclamante en el año 2016 empez6 a presentar una patología dolorosa a nivel de la rodilla derecha. Fue tratada inicialmente por los Servicios Médicos del Hospital de Calahorra. Siendo diagnosticada de gonalgia derecha después de una exploración clínica y un estudio radiológico (radiografías).*
>
> *El tratamiento médico y rehabilitador realizado fue totalmente ineficiente con persistencia del dolor y de la impotencia funcional.*
>
> *La RM practicada en el día 13/6/2017 resulto compatible con lesión osteocondral de 14 mm en la superficie posterior del cóndilo femoral externo.*

Ante dichos síntomas, fue nuevamente tratada con rehabilitación e infiltraciones con ácido hialuronato y cortico esteroides. ***Sin mejoría de la patología dolorosa****.*

En 26/06/2018 de nuevo es intervenida en el Hospital San Millán-San Pedro, por cirugía artroscópica presentando en la intervención una rotura del cuerno anterior del menisco externo y condropatia grado IV a nivel de la meseta tibial externa.

Se le realizo una meniscectomia parcial externa y condroplastia térmica con el vaporizador de la lesión osteocondral. Posteriormente, realizo el programa de rehabilitación post operatorio correspondiente sin mejoría alguna.

La interesada seguía con dolor en todo el arco de movilidad, así como sensación de inestabilidad, precisando caminar La con dos muletas.

La RMN practicada en 28/10/2018 fue compatible con el diagnóstico de:

Gonartrosis del comportamiento externo con meniscopatia del cuerno posterior del menisco externo.

Fue nuevamente intervenida por cirugía artroscópica en el Hospital San Millán-San Pedro en el día 22/01/2019 *encontrándose lesión desflecada a nivel del menisco externo y lesión osteocondral grado IV en la meseta tibial externa en espejo practicándose regularización de la zona desflecada del menisco externo con motor, así como de la lesión osteocondral con vaporizador.*

Sin embargo, la evolución nuevamente fue desfavorable con aumento del dolor y de la inestabilidad.

Con fecha 01/07/2019 es nuevamente intervenida, esta vez, en el Hospital VIAMED Nuestra Señora del Carmen practicándose una artroplastia total de la rodilla derecha con prótesis tipo Nex Gen cementada.

A continuación, siguió el programa de rehabilitación post operatoria y bloqueos del nervio geniculador por la Unidad de Dolor ***sin mejoría****.*

Durante el último tramo del año 2019 y el siguiente año 2020 han sido varios los ingresos y visitas al Hospital por dolores. Incluso precisando acudir a la Unidad de Salud Mental, ***encontrándose, triste, desanimada, desesperanzada, mal, anhedonia, apalia, limitada por los dolores****, sentimientos de incapacidad e ideas de muerte sin planificación. Alteraciones en patrón de sueño con insomnio de conciliación y despertares nocturnos.*

En la exploración clínica, realizada en julio de 2021 presentaba una inestabilidad en varo valgo con la rodilla en extensión. Presenta una flexión de 90º, presenta dolor en la interlinea anterior y medial de la rodilla e hipostesia en la cara lateral de la rodilla.

En la exploración radiológica se aprecia una osteolisis en zona de carga tibial sin apreciar aflojamiento.

La gammagrafia realizada tampoco refleja proceso infeccioso o aflojamiento de los componentes. (Constan todos los tratamientos a que se hace referencia en el Historial Médico de la reclamante y del cual se autoriza su consulta)".

La reclamante afirma que las secuelas que presenta se deben a un diagnóstico tardío de la rotura de menisco que padecía en junio de 2016, cuando el Servicio de Traumatología del Hospital Fundación Calahorra inició su seguimiento. Reprocha a éste, haber diagnosticado una genérica gonalgia en base a exploraciones clínicas y a la RMN que le fue realizada en 2017, un año después del inicio de su seguimiento por tal lesión, no siendo hasta el 2018 cuando fue derivada al Hospital San Pedro para la realización de la primera artroscopia, el día 28 de junio de 2018, que confirmó que padecía rotura del cuerno anterior del menisco externo y condropatía grado IV a nivel de meseta tibial y durante la cual se realizó una meniscectomía y condoplastia térmica con vaporizador de la lesión osteocondral. Tras ella, persistiendo el dolor, el día 22 de enero de 2019 se realizó una segunda artroscopia en el Hospital San Pedro y, no experimentando mejoría alguna, el día 1 de julio de 2019, se le intervino de artroplastia en el Hospital VIAMED Nuestra Señora del Carmen, en Logroño.

Por ello, interesa ser indemnizada en la suma de 123.451,15 euros, que desglosa en el siguiente sentido:

-Secuela, consistente en limitación movilidad en la flexión y extensión: 62.570,85 euros.

-Indemnización por lesiones temporales: 37.880,30 euros.

-Indemnización por intervenciones quirúrgicas: 3.000 euros.

-Perjuicio personal, daño moral grave: 20.000 euros.

Al escrito de reclamación acompaña el informe de Alta hospitalaria emitido por el Hospital Viamed Nuestra Señora del Carmen, de 17 de octubre de 2019 e informe pericial, emitido por Gabinete Pericial e *I.I.S.L*., suscrito por el Dr. A.C.S.

Segundo

Mediante Resolución de 30 de marzo de 2022, de la Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería de Salud, se tuvo por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día 28 de igual mes y año, y se nombró instructor del procedimiento.

Tal Resolución fue notificada el día 30 de marzo de 2022 al Letrado D. J.L.C.M., a quien la reclamante expresamente designó en su escrito de reclamación como representante a efectos de notificaciones.

Tercero

Con igual fecha a la del dictado de la Resolución iniciadora del procedimiento, el Instructor solicitó, mediante la oportuna comunicación dirigida al Director Gerente de la Fundación Hospital de Calahorra, la remisión de:

"-Cuantos antecedentes consten acerca de la asistencia prestada a Doña M.I.R.B. (sic)

-Copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada, exclusivamente.

-…informe de los facultativos intervinientes sobre la asistencia prestada".

Cuarto

Con fecha 8 de agosto de 2022, la Gerencia de la Fundación Hospital Calahorra atendió la solicitud formulada por el Instructor, remitiendo, para su unión al expediente, copia íntegra de la historia clínica de la reclamante, comprensiva de todos sus procesos asistenciales en el antedicho hospital y, demás, informe suscrito por la Directora Médica al respecto de la concreta asistencia a que se refería la reclamación.

Quinto

Acompañada de escrito de 10 de agosto de 2022, el Instructor remitió copia del expediente de responsabilidad patrimonial a la Dirección General de Humanización, Prestaciones y Farmacia, solicitando el oportuno informe, a emitir por el Médico Inspector correspondiente, en torno a los aspectos esenciales de la reclamación, con el fin de facilitar la elaboración de la propuesta de resolución sobre la reclamación planteada.

Sexto

El Informe de Inspección, de 27 de diciembre de 2022, en base a los hechos reflejados y a la bibliografía consultada, establece las siguientes conclusiones:

"1ª.- Inicialmente la clínica por la que la asegurada fue valorada por el Sº de rehabilitación, en enero de 2016, fue por dolor irradiado en EID en el contexto de patología lumbar, no pudiendo considerar inadecuado que se le prescribiera tratamiento fisioterapéutico en ese momento sin realizar otras exploraciones.

2ª.- Cuando en la revisión realizada 6 meses más tarde el dolor ya se localizó en la dorilla se le realizó la prueba diagnóstica procedente para su estudio, una RNM de rodilla, en la que se detectó una úlcera osteocondral, para la que está indicado el tratamiento conservador realizado mediante la realización de infiltraciones introarticulares de ácido hialurónico y rehabilitación.

3ª.- No se puede afirmar, tal y como se reclama, que en este momento presentara una rotura meniscal que no fue correctamente diagnosticada ya que, la clínica que presentaba era congruente

con la patología osteocondral diagnosticada, las maniobras exploratorias meniscales específicas realizadas no resultaron positivas y en la RNM no se detectó, siendo esta una modalidad diagnóstica para la que importantes estudios han demostrado proporciones de exactitud del 98% en el diagnóstico de lesiones meniscales agudas y crónicas.

4ª.- Posteriormente y al no presentar una evolución favorable, se realizó nueva RNM en la que se detectó una rotura del menisco externo y la presencia de nuevas lesiones osteocondrales, optándose por realización del tratamiento artroscópico de reparación y rehabilitación, que tuvo que realizarse en una segunda ocasión ante la persistencia de la meniscopatía y al no resolverse la clínica de dolor.

5ª.- Finalmente, ante el avance de las lesiones y habiendo agotado las opciones de tratamiento conservador, se optó por tratamiento mediante la colocación de una prótesis de rodilla, intervención que tampoco parece haber resuelto el cuadro clínico de dolor, estando aún pendiente de nuevos estudios y opciones terapéuticas.

6ª.- No contando con antecedentes traumáticos en la rodilla y dada la edad de la paciente, se puede considerar que las lesiones que se han ido presentando sucesivamente en la rodilla son lesiones de tipo degenerativo, y que tal y como se describe en la literatura médica, tienden a evolucionar en el tiempo hacia procesos artrósicos más incapacitantes, tal y como ha sucedido en este caso.

7ª.- Tanto el tratamiento conservador seguido, fundamentalmente rehabilitador, como el quirúrgico, están descritos en la literatura médica como alternativas terapéuticas para las lesiones degenerativas osteocondrales o meniscales de rodilla, habiendo estos sido realizados y en tiempo y forma adecuados a la situación que fue presentando en cada momento.

Por lo expuesto y pese a la tórpida evolución presentada, no se puede considerar que la asistencia prestada a lo largo del proceso no haya sido acorde a la lex artis".

Séptimo

Obra igualmente en el expediente el informe médico pericial emitido a instancia de *PROMEDE* por los Dres. P.C. y L.G., especialistas en Cirugía Ortopédica y Traumatología, de 5 de septiembre de 2022, que establece las siguientes:

"V.- CONCLUSIONES GENERALES:

1.- La paciente ha sido adecuadamente diagnosticada y tratada de su proceso degenerativo de rodilla.

2. Actualmente, la cirugía tiene a preservar la mayor cantidad de menisco posible para precisamente, evitar la progresión a artrosis, por eso se realizan cirugías conservadoras CUANTO MAYOR MENISCO SE EXTIRPE, MÁS RÁPIDA LA PROGRESIÓN A ARTROSIS.

3.- El supuesto retraso en realizar la meniscectomía externa que se reclama no sólo no fue tal, sino que en modo alguno puede tener relación con la progresión a la artrosis puesto que como se indica, cuanto menos menisco MÁS RAPIDA LA PROGRESIÓN A LA ARTROSIS, y por ello, si se hubiese realizado desde un primer momento y más agresiva como estima la demanda, la evolución a gonartrosis habría sido mucho más precoz.

4.- La cirugía de menisco es actualmente una cirugía de comfort, SOLO SE OPERAN LOS PACIENTES SINTOMÁTICOS PARA MEJORAR SU CALIDAD DE VIDA, PUES EN NINGÚN CASO ESTO PREVIENE EL CUADRO DEGENERATIVO DE RODILLLA.

5.- Se siguió por todo ello un protocolo impecable, de menor a mayor agresividad, empezando por rehabilitación e infiltraciones, continuando por artroscopias poco invasivas y finalmente, acabando en el tratamiento más agresivo, la prótesis de rodilla, lo más tarde posible.

6.- Hasta un 20% de prótesis de rodilla son dolorosas y esto no implica defectos técnicos ni mala praxis alguna, es una situación que como mencionamos ocurre en todas las series descritas en dicho porcentaje.

VI.- CONCLUSIÓN FINAL

No se ha detectado mala praxis en la atención prestada a Dª M.I.R.B en relación a la lesión de rodilla izquierda, habiéndose respetado la Lex Artis ad hoc".

Octavo

Mediante escrito de 3 de enero de 2023 se dio trasladó a la reclamante, a través del Letrado Don J.L.C., de la apertura del preceptivo trámite de audiencia.

El día 4 de enero de 2023 la reclamante solicitó se le diera traslado de la documentación obrante en el expediente, por escrito remitido desde la dirección de correo electrónico del citado Letrado, a la que le fue remitida el día 9 de igual mes.

El día 18 de enero de 2023, la reclamante presentó escrito de alegaciones, manifestando no aceptar las conclusiones consignadas en los dos informes obrantes en el expediente, en referencia al de la Inspección Médica y el emitido a instancia de *Promede*, por descartar una mala *praxis* sin hacer mención al informe pericial aportado con su reclamación, e interesó la estimación de ésta.

Noveno

Con fecha 16 de febrero de 2023, el Instructor del expediente emite propuesta de Resolución en la que propone *"**Que se desestime** la reclamación que por responsabilidad patrimonial de esta Administración formula M.I.R.B* (en realidad, B.) *por no ser imputable el perjuicio alegado, cuya reparación se solicita, al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios".*

Décimo

La Secretaría General Técnica, el día 17 de febrero de 2023, remitió a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe fue emitido en sentido favorable a la propuesta de resolución el día 24 de marzo de 2023.

Undécimo

El transcurso de seis meses, desde el inicio del procedimiento (28/03/2022) sin que haya recaído resolución expresa puede entenderse como contraria a la indemnización solicitada (artículo 91.3º de la LPAC'15).

En el presente caso, ya había transcurrido ese plazo cuando se formula la petición de dictamen. No obstante, no hay ninguna vinculación con el sentido desestimatorio por silencio, de suerte que la resolución final del procedimiento puede ser estimatoria, total o parcial, o desestimatoria (art. 24.3 LPAC'15).

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 24 de marzo de 2023 y registrado de entrada en este Consejo el mismo día, la Excma. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 28 de marzo de 2023, procedió en nombre del mismo a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

La reclamante interesa una indemnización superior a 50.000 euros (en concreto, 123.451,15 euros), por lo que nuestro dictamen es preceptivo, a tenor de lo establecido en el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, en relación con: i) el art. 65.4 de la Ley riojana 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR, redactado por la precitada Ley riojana 7/2011; y, ii) el art. 81.2 de la Ley estatal 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC'15); preceptos de los que resulta que procede recabar el dictamen del Consejo de Estado o del Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, en este caso el Consejo Consultivo de La Rioja, cuando el importe de la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 81.2, párrafo 3, de la LPAC'15, el mismo ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la LPAC'15, así como en el art. 34.2 de la Ley estatal 40/2015, de Régimen jurídico del Sector Público (LSP'15), que se remite a los criterios de la legislación en materia fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado; y pudiendo, en los supuestos de muerte o lesiones corporales, tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad social.

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución, 32.1 LSP'15 y 65,67,81, 91.2 LPAC'15) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados 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, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y

debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo (plazo que, en el caso de daños personales de carácter físico o psíquico, empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas).

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de *"seguro a todo riesgo"* para los particulares que de cualquier modo se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Lo anterior es también predicable, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, si bien, como ya dijimos, entre otros, en nuestro Dictamen D.3/07, *"la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo".*

Como señala la STS de la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, recurso de casación 6595/2001, en su FJ 4º, que: *"...como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar», debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc".*

Tercero

Sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad

Este Consejo ya ha tenido la oportunidad de examinar la aplicación en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de lo que se conoce como la teoría o doctrina de la *"pérdida de oportunidades"*, de la *"chance"* o, en el ámbito sanitario que nos ocupa, *"pérdida de oportunidades terapéuticas"* (cfr., por ejemplo, D.38/12, D.3/14 y D.13/15).

Como es sabido, se trata de una doctrina de elaboración jurisprudencial, sin un apoyo normativo general expreso, pero que se halla ya muy asentada en la determinación judicial y consultiva, entre otras, de la responsabilidad sanitaria. Dicho lo cual, conviene también advertir de antemano que su inherente dosis de indeterminación aconseja un manejo prudente de la misma, a fin de evitar convertir en indemnizables meras hipótesis especulativas.

A través de esta doctrina, la responsabilidad de la Administración Sanitaria se produce por la merma de oportunidades o posibilidades de curación o mejora, que puede acarrear la omisión de un tratamiento o prueba, un diagnóstico errado o tardío, el retraso en la asistencia prestada o, incluso, la omisión del consentimiento informado.

En origen, la *"pérdida de oportunidades"* se configura como una alternativa en supuestos —muy frecuentes en el ámbito médico— en los que no resultaba posible determinar de forma cierta un nexo causal directo y suficiente. En este sentido se trataría de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad, que atiende al grado de probabilidad. Y es que, en definitiva, como afirma la STS de 21 de diciembre de 2012, la doctrina de la pérdida de oportunidad *"existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma"*.

En principio, además, su aplicación se hallaba condicionada a la concurrencia de una praxis médica incorrecta o contraria a la *lex artis "para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencia mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios..."* (STS de 13 de julio de 2005).

Sin embargo, en los últimos años, el TS ha venido también vinculando esta doctrina a la *lex artis*. Afirma así, repetidamente, que la pérdida de oportunidad terapéutica se configura: "*Como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis, que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico, consecuencia del funcionamiento del servicio*"

(SSTS de 24 de noviembre de 2009, 2 de enero de 2012 ó 20 de marzo de 2018).

Con todo, tal y como se ha constatado doctrinalmente, por regla general, la responsabilidad se declara únicamente si se aprecia que la asistencia sanitaria dispensada no se ha ajustado, de algún modo, a la *lex artis*, sea porque el tratamiento médico no ha sido el más idóneo, no se ha aplicado diligentemente o se ha retrasado: "*aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las Administraciones sanitarias*" (por todas, STS de 18 de noviembre de 2021).

En cualquier caso, es relevante recordar que la imputación de responsabilidad en estos casos exige que el nexo causal se halle suficientemente fundado. Como subraya la STS de 18 de julio de 2016, debe concurrir "*una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto*". O, en los términos de la STS 10 de 20 de marzo de 2018, debe constatarse que "*la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*".

Finalmente, a los efectos de determinar la indemnización procedente, es criterio pacífico jurisprudencial considerar que, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera.

En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja, en cierto modo, al daño moral y que es el concepto indemnizable.

"*En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente*" (recientemente, STS de 18 de noviembre de 2021).

Cuarto

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente supuesto

A. Consideración previa en torno a la documentación obrante en el expediente.

Antes de entrar en el análisis de las cuestiones de fondo que se suscitan en el expediente, este Consejo considera necesario destacar dos extremos al respecto de la documentación obrante en el expediente:

1. Entre la misma constan informes y listados de notas relativos a las asistencias prestadas a la Sra. R.B. por los diversos Servicios de la Fundación Hospital Calahorra en el periodo comprendido entre 2006 y la fecha de su reclamación, la mayoría de los cuales son absolutamente ajenos a la que motiva su reclamación, lo que no viene sino a complicar, de forma innecesaria, el análisis de la cuestión.

2. Entre dicha documentación no figura, sin embargo, la relativa a la asistencia que se prestó a la reclamante, en relación con la patología que padecía en la rodilla derecha, por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología (COT) del Hospital San Pedro y por la Clínica Los Manzanos.

De hecho, en el expediente no obran las valoraciones del Servicio de COT del Hospital San Pedro previas a las dos artroscopias realizadas a la reclamante (la primera el 26 de junio de 2018 y la segunda el 22 de enero de 2019) y a la artroplastia finalmente realizada el 1 de julio de 2019.

Y tampoco obran los informes de alta emitidos tras la realización de tales intervenciones.

Pues bien, sin perjuicio de reconocer que la inexistencia de tal documentación en el expediente, en principio atribuible a la Administración, dificulta en cierta medida determinar si la asistencia prestada a la reclamante fue deficiente, con infracción de la *lex artis*, o si el diagnóstico correcto de la lesión se emitió de forma tardía y, con ello, el tratamiento indicado se inició con retraso, como aduce ésta, hemos de hacer constar que la reclamante sin duda disponía de tal documentación (al menos de los informes de alta) y no los aportó con su reclamación y, por otra parte, tampoco interesó que se completara el expediente, en el sentido de incorporar al mismo la documentación relativa a la asistencia prestada en el Hospital San Pedro y el Hospital Los Manzanos, en el trámite de audiencia.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que las notas e informes remitidos por la Fundación Hospital Calahorra y el informe de la Inspección Médica reflejan con bastante exactitud el proceso asistencial de la paciente, consideramos factible emitir el dictamen

interesado, lo que, además, creemos oportuno efectuar, con el ánimo de no dilatar la resolución de su reclamación.

B. **Detalle cronológico de la asistencia prestada a la reclamante**

De la documentación obrante en el expediente se desprende que el proceso asistencial seguido con la Sra. R., primero en la Fundación Hospital Calahorra (en adelante, FHC) y, más adelante, en el Hospital San Pedro y la Clínica Los Manzanos, en relación con la patología que sufría en la rodilla, fue el siguiente:

1. El Servicio de Neurología de la FHC inició en 2015 el seguimiento de la reclamante, por parestesias en ambas piernas, dolor lumbar y dolor en la pierna derecha, desde rodilla hasta talón.

Tras la realización de diversas pruebas (RMN craneal, cervical y lumbar), que no evidenciaron afectación medular y radicular, se derivó a la paciente al Servicio de Rehabilitación de igual centro.

2. El Servicio de Rehabilitación, por su parte, comenzó el seguimiento y atendió a la paciente en consulta el día 27 de enero de 2016, prescribiéndole tratamiento de fisioterapia, en el Centro de Salud de Calahorra, tras su exploración clínica.

La paciente fue citada por igual Servicio para revisión el día 14 de abril de 2016, a la que no acudió.

Citada nuevamente el día 28 de junio de igual año, la paciente refirió por vez primera en esta ocasión, además de dolor lumbar, un dolor concentrado en la rodilla derecha al movimiento, así como molestias al agacharse y subir y bajar escaleras.

Tras su exploración física, que incluyó la práctica de maniobras meniscales con resultado dudoso (+/-), el mismo día se solicitó la práctica de una resonancia magnética de tal rodilla, la que se realizó, según consta en el informe de la Inspección Médica, el día 7 de julio de 2016 (el día 6 de igual mes, según el informe de la Directora Médica de la Fundación Hospital Calahorra).

3. En el informe valorado de tal RMN, que aparece transcrito en las notas del Servicio de Rehabilitación, con registro de 1 de septiembre de 2016, se indica que, tanto en el compartimiento interno como en el externo, el menisco presenta una morfología e intensidad de señal normal; se confirma la existencia de una lesión osteocondral de 14 mm en superficie posterior del cóndilo externo, con esclerosis y geodas sin edema significativo acompañante ni fragmento; e igualmente se indica que el cartílago articular rotuliano no evidencia lesiones.

Como conclusión, se señala; "*Lesión osteocondral de 14 mm en superficie posterior del cóndilo externo*".

Tal mismo día (1 de septiembre de 2016) el Servicio de Rehabilitación solicitó valoración del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología (COT).

4. La paciente fue atendida en consulta del Servicio de Traumatología de la Fundación Hospital Calahorra el día 13 de junio de 2017 y, previa exploración clínica que evidenció que la paciente sufría dolor femoropatelar anterior y dolor difuso en la rodilla sin estabilidad ni derrame, fue diagnosticada de síndrome femoropateral y úlcera condral de rodilla derecha.

Como prueba complementaria para la emisión de tal diagnóstico, se tuvo en cuenta la RMN a que hemos hechos referencia, realizada en julio de 2016.

De hecho, aunque en el informe emitido por tal Servicio, al referirse a tal prueba, se data la misma el día 13 de junio de 2017, no nos cabe ninguna duda de que la prueba a que se refiere es, en realidad, la realizada en julio de 2016, en primer lugar porque ni la Inspección Médica ni la Directora Médica de la Fundación reconocen la práctica de una RMN en 2017 y, en segundo lugar, porque la conclusión final de la realizada en 2016 coincide con la que se plasma en el citado informe del Servicio de Traumatología, en el que, además, se indica que la lesión es antigua.

En cualquier caso, se consideró que dicha úlcera no era susceptible de intervención y se propuso a la paciente la realización de una infiltración de ácido hialurónico que ésta aceptó y se llevó a cabo tal mismo día.

Exactamente un mes más tarde, el día 13 de julio de 2017, el Servicio de Traumatología atendió nuevamente a la paciente en consulta y, tras exponer ésta no haber notado alivio importante, se le propuso nueva infiltración, en este caso con corticoide, que la paciente aceptó también y se realizó tal mismo día.

En informe de Alta de Consultas Externas emitido por este Servicio el mismo día 13 de julio de 2017, se indica "*No hay patología quirúrgica en estos momentos. Según evolución, valorar remitir a RHB para ejercicios de fortalecimiento. Si deseara nueva infiltración con ac. hialurónico, remitir a consulta de COT en el plazo de un año*".

5. Tras esta última actuación del Servicio de Traumatología, la paciente fue derivada nuevamente al Servicio de Rehabilitación, en el que fue atendida en consulta el día 24 de agosto de 2017 y tras realizar la oportuna exploración clínica, se propuso tratamiento de fisioterapia.

En revisión realizada en consulta el 16 de noviembre de 2017, ante la falta de mejoría, se propuso nueva valoración por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología.

6. El 12 de enero de 2018 la paciente fue valorada por el Servicio de Traumatología, en este caso el del Hospital San Pedro, presentando en la exploración "*Discreto genu valgo, dolor difuso en la rodilla muy inespecífico ¿patelar?. No derrame, no flogosis, leve laxitud lateral*".

7. El 20 de febrero de 2018 se realizó a la paciente nueva RMN en el Hospital San Pedro que informaba*: "de una alteración en la morfología y en la señal desde cuerno posterior a cuerpo meniscal externo en relación con rotura del mismo, con subluxación* en *interlínea articular externa que distiende ligeramente al ligamento colateral externo, múltiples lesiones osteocondrales en la superficie de apoyo de la cara posterior del cóndilo femoral externo y en la cara posterior de la meseta tibial externa con edema óseo asociado, además de lesiones osteocondrales en la cara anterior y medial de la metáfisis femoral, que pudieran guardar relación con afectación osteocondral a nivel del surco troclear*".

8. El 26 de junio de 2018 fue intervenida, mediante artroscopia, en la clínica Los Manzanos, figurando como hallazgos la rotura del cuerno anterior del menisco externo y condropatía grado IV en margen externo de la meseta tibial externa.

Se realizó meniscectomía parcial del menisco externo y condroplastia térmica con vaporizador.

9. Ante la persistencia del dolor, fue nuevamente valorada en traumatología el 25 de septiembre y el 9 de noviembre de 2018 y se realizó nueva RMN (no consta su fecha) en la que se apreció gonartrosis en el compartimento externo, meniscopatía en cuerno exterior y condroplastia externa.

10. El 22 de enero de 2019 fue intervenida por segunda vez mediante artroscopia, procediéndose a la regularización de la zona desflecada en menisco externo con motor y de lesiones condrales con vaporizador y perforaciones en cóndilo externo femoral y meseta tibial externa, con infiltración de ácido hialurónico.

11. Tras su Alta, la paciente fue derivada al Servicio de Rehabilitación, si bien éste no realizó actuación alguna, por presentar la paciente mucho dolor con crujidos.

12. Tras el fracaso de los anteriores tratamientos, el 1 de julio de 2019 se realizó a la paciente una artroplastia total de rodilla.

C. Análisis de la asistencia sanitaria prestada a la reclamante.

1. Sobre el supuesto diagnóstico y tratamiento tardío de la fractura del menisco que, según afirma la reclamante, padecía desde el inicio de su seguimiento por parte de los servicios médicos de la Fundación Hospital Calahorra.

Tanto la reclamante como el autor del informe pericial que acompaña a su escrito inicial afirman que la primera RMN de rodilla que se realizó a la paciente desde que, en 2016, se inició su seguimiento por los servicios médicos de la Fundación Hospital Calahorra, data de 13 de julio de 2017 y que, hasta entonces, fue tratada en base a un diagnóstico muy genérico de gonalgia obtenido tras realizar una exploración clínica y radiografías, reprochando a la Administración sanitaria haber diagnosticado y tratado tardíamente la fractura de menisco que padecía desde el inicio de dicho seguimiento.

Sin embargo, la documentación obrante en el expediente confirma que la primera RMN de rodilla que se realizó a la paciente data de julio de 2016, es decir, escasos días después de la fecha en que ésta refirió por primera vez, en consulta de rehabilitación, sentir un dolor agudo centrado en la rodilla derecha.

Y, a través de aquella prueba, se confirmó que la paciente padecía una lesión osteocondral de 14 mm en la superficie posterior del cóndilo femoral externo, quedando descartado que padeciera fractura de menisco.

Así lo exponen la Inspección Médica y la Directora de la Fundación Hospital Calahorra en sus respectivos informes; y así se desprende del listado de notas del Servicio de Rehabilitación de tal Fundación (folios 105 a 108), entre las que consta, con fecha 28 de junio de 2016, la solicitud de tal prueba y, con fecha 1 de septiembre, la transcripción de su informe valorado.

Por ello, no podemos aceptar la tesis de la reclamante al respecto de esta cuestión, pues no se ajusta a la realidad de lo acontecido.

Avanzando en el análisis de la cuestión, hemos de reconocer que este Consejo ignora si el margen de error de la RMN, al objeto de diagnosticar lesiones de menisco, es del 13,7%, como mantiene el Perito de la reclamante -Dr. Corotti- o del 2%, como afirma la Inspección Médica, pues sus miembros somos ajenos a la ciencia médica, no obstante lo cual parece claro que existe consenso, o así se desprende de la literatura y guías medicas que hemos consultado, en cuanto a la amplia utilidad de la RMN para la evaluación y diagnóstico de lesiones de rodilla y sus ventajas indiscutibles, básicamente referidas a su nula invasividad y radiación ionizante, su excelente calidad y resolución de contraste en la obtención de imágenes de los tejidos blandos, la fácil obtención de imágenes en múltiples

planos y su especificidad y alta sensibilidad en el diagnóstico de lesiones meniscales y ligamentarias.

Igualmente ignoramos si la lesión osteocondral que confirmó la RMN realizada en julio de 2016 era susceptible de algún tratamiento quirúrgico curativo o que, al menos, impidiera o ralentizara su agravamiento y, con ello, evitara la rotura del menisco y la aparición de nuevas lesiones osteocondrales que, en este caso, se evidenciaron en la RMN realizada el día 20 de febrero de 2018.

El Perito de la reclamante define las lesiones osteocondrales femorales y fémoro-tibiales pero no se refiere a su evolución o posible tratamiento, limitándose a destacar la bondad de la técnica artroscópica en el diagnóstico y tratamiento de las lesiones meniscales.

Y la Inspección Médica, por su parte, señala que el tratamiento indicado para las lesiones osteocondrales es conservador y consiste en la realización de infiltraciones y de ácido hialurónico y rehabilitación, y que, únicamente en caso de fracaso de tales tratamientos previos o dependiendo de la afectación del grado lesión, se plantearía tratamiento quirúrgico con posibilidad de técnicas reparativas, lo que refrenda el autor del informe emitido a instancia de *PROMEDE*.

Así las cosas, no podemos sino atribuir plena veracidad a las consideraciones al respecto de la Inspección Médica y concluir que, en el caso de las lesiones que evidenciaba la RMN realizada en julio de 2016, no se hallaba indicada ab initio la cirugía sino un tratamiento conservador consistente en la realización de infiltraciones intraarticulares y rehabilitación.

Y, habida cuenta de que el Servicio de Traumatología de la Fundación Hospital Calahorra prescribió y realizó tales infiltraciones intraarticulares los días 13 de junio y 13 de julio de 2017, remitiendo tras ello a la paciente al Servicio de Rehabilitación para la realización de ejercicios de fortalecimiento, en principio su actuación podría considerarse ajustada a la *lex artis*.

Sin embargo, no puede pasarse por alto y resulta inaceptable que la atención de la paciente por este Servicio se iniciara nueve meses después de la petición de su valoración, realizada por el Servicio de Rehabilitación el día 1 de septiembre de 2016, máxime habiéndose confirmado que ésta padecía una lesión osteocondral de 1,4 cm que precisaba tratamiento; al igual que no consideramos pueda calificarse de diligente el que por tal Servicio de Traumatología se considerara suficiente, al efecto de emitir diagnóstico y prescribir tratamiento, el día 13 de junio de 2017, una prueba obtenida un año antes, que el propio facultativo calificó de "*antigua*" en su informe.

De hecho, creemos que lo diligente hubiera sido solicitar la realización de una nueva RMN, a fin de comprobar si la lesión detectada en 2016 permanecía estable o si, por el contrario, se había agravado y, en tal caso, en qué sentido, antes de emitir diagnóstico y prescribir el tratamiento.

Por ello, aunque ciertamente ignoramos si la evolución de la paciente hubiera sido diferente de haber sido asistida con mayor celeridad por el Servicio de Traumatología o en el caso de que el diagnóstico y tratamiento de la lesión que padecía se hubieran realizado, aun siendo en junio de 2017, en base a pruebas complementarias actualizadas, consideramos que, al no actuarse así, la paciente quedó privada de determinadas expectativas, si no de completa curación, dada la naturaleza degenerativa de sus lesiones (recordamos que, mediante la RMN realizada en 2018, quedó confirmado que padecía gonartrosis), sí de cierta ralentización del proceso degenerativo que finalmente obligó a realizar una artroplastia.

2. Sobre la pretendida incorrección de la artroplastia realizada a la paciente en la Clínica Los Manzanos, el 26 de junio de 2018, por incompleta.

La reclamante afirma al respecto que dicha artroscopia se realizó de manera incompleta, pues subsistió tras ella una rotura a nivel del menisco externo que agravó la lesión osteocondral del platillo tibial externo, haciendo necesario realizar una segunda artroscopia y, finalmente, una artroplastia con evolución desfavorable, sin posibilidad de recuperar la movilidad completa de la rodilla.

Y, ciertamente, del expediente se desprende con claridad que la RMN realizada a la paciente tres meses después de la realización de la primera artroscopia, confirmó meniscopatía del cuerno posterior del menisco externo.

Sin embargo, la reclamante no ha aportado prueba alguna de la que se desprenda que tal meniscopatía existiera cuando se realizó la primera artroscopia, ni su Perito ofrece argumento objetivo alguno que permita deducir, siquiera indiciariamente, que así fuera.

Y, por otra parte, la gonartrosis que se confirmó padecía la paciente bien pudo ser el detonante de una nueva rotura del menisco en los escasos tres meses que transcurrieron des de la primera artroplastia hasta la realización de la RMN de control.

En definitiva, no podemos considerar probado que tal primera artroscopia se realizara de forma incorrecta, en el sentido que indica la reclamante.

3. Recapitulación

En aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad terapéutica a que nos

hemos referido anteriormente y que, como hemos señalado en diversos dictámenes (por todos, en el D.36/12 y D.119/19) permite imputar a los Servicios Sanitarios el daño moral derivado de la no realización de alguna concreta actuación médica, privando al paciente de determinadas expectativas de curación o mejoría, consideramos que procede reconocer el derecho de la reclamante a percibir una indemnización que cubra, exclusivamente, el daño moral derivado de la incertidumbre en torno a si el proceso degenerativo articular que padecía y exigió finalmente realizar una artroplastia de rodilla, podía haberse ralentizado en alguna medida si hubiera recibido una asistencia más temprana por parte del Servicio de Traumatología o si, por éste, se hubiera solicitado antes de emitir diagnóstico y prescribir tratamiento, una nueva RMN.

Quinto

Cuantificación de la indemnización

En la cuantificación de tal indemnización, la doctrina jurisprudencial tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y atiende a la edad, circunstancias de la asistencia recibida, evolución y/o probabilidades de curación y demás circunstancias (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2007, 1 de febrero de 2008, 30 de septiembre de 2009, 25 de mayo, 30 de septiembre y 2 de noviembre de 2011, y 26 de marzo de 2012, entre otras).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, como circunstancias personales de la paciente solo cabe destacar que su edad, al inicio del seguimiento de sus lesiones era de 48 años, siendo tres años después cuando le fue realizada la artroplastia; que, no obstante los tratamientos e intervenciones realizadas a lo largo de su asistencia, la paciente no ha referido mejoría alguna; y que la última de las RMN de la hay que constancia en el expediente, de fecha comprendida entre la primera y la segunda artroplastia, confirma que la misma padecía artrosis en la articulación de la rodilla.

Las circunstancias de la asistencia están sobradamente descritas en el dictamen y, en nuestra opinión, sólo permiten estimar una pérdida de oportunidad.

Y, aunque nos movemos en el ámbito de las probabilidades, pues lamentablemente no puede saberse a ciencia cierta qué hubiera ocurrido de haberse iniciado antes el seguimiento por parte del Servicio de Traumatología de la Fundación Hospital Calahorra y/o haberse solicitado pruebas complementarias que confirmaran la evolución de la lesión osteocondral que padecía, sí parece claro que, aún en tal caso, la paciente habría precisado finalmente someterse a una artroplastia, precedida muy probablemente por, al menos, una artroscopia, pues ante la gonartrosis que padecía y se puso de manifiesto en la RMN realizada en 2018, éstas parecían ser las únicas intervenciones indicadas.

Otro criterio para determinar la valoración de la pérdida de oportunidad atiende al grado de probabilidad de que la actuación omitida produzca algún beneficio; y el grado de alcance o entidad de dicho beneficio (STS nº 1177/2016 de 25 mayo. RJ 2016\2275).

En el presente caso no disponemos de dato objetivo alguno al respecto, si bien no puede olvidarse que, ni el tratamiento conservador ni el quirúrgico hubieran reportado a la paciente la curación de sus lesiones ni, probablemente, la desaparición de los dolores que padecía; y consideramos que, antes o después, ésta se habría visto abocada a someterse a una artroplastia.

En estas condiciones, por lo tanto, no puede determinarse ni el grado de probabilidad ni el de grado de alcance del beneficio que hubiera reportado a la paciente haber recibido una temprana y diligente asistencia por parte del Servicio de Traumatología.

Por todo ello, partiendo de la premisa de que la cuantificación de la indemnización en caso de pérdida de oportunidad terapéutica no ha de cubrir la totalidad del perjuicio sufrido, sino la incertidumbre en torno a si la actuación médica omitida podría haberlo evitado o minorado, y atendiendo las circunstancias que hemos expuesto, consideramos que procede reconocer a la reclamante una indemnización de 3.000 euros.

CONCLUSIÓN

Única

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este procedimiento e indemnizar a la reclamante, por el daño moral padecido a consecuencia de la pérdida de oportunidad terapéutica que sufrió la misma, en la suma de 3.000 euros.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO