

En Logroño, a 10 de septiembre de 2007, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D. José M^a Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

89/07

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. A. L. J., por las lesiones sufridas durante una operación quirúrgica en el Hospital de *San Millán*.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 6 de octubre de 2006, por la Abogada D^a C. J. T., actuando en nombre y representación de D. A. L. J., se presenta escrito en solicitud de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio Riojano de Salud, solicitando que el SERIS se haga cargo de la indemnización correspondiente por las lesiones causadas al reclamante tras la realización de una intervención quirúrgica de artroplastia total de cadera derecha realizada el 18 de mayo de 2005, recibiendo el alta hospitalaria el 24 del mismo mes.

Como consecuencia de dicha intervención quirúrgica, en fecha 27 de enero de 2006, se le diagnostica de neuropatía exonal del nervio ciático derecho, lo que determina, en última instancia, la declaración del reclamante en situación de incapacidad permanente total, para su profesión habitual, mediante Resolución de fecha 26 de abril de 2006. Posteriormente y a consecuencia de las secuelas padecidas, en fecha 3 de agosto de 2006, por la Consejería de Juventud, Familia y Servicios Sociales, se reconoció al Sr. L. un grado de minusvalía del 42%.

Por tales hechos, la indemnización que se solicita comprende daños y perjuicios en concepto de incapacidad laboral transitoria con estancia hospitalaria, los días de incapacidad laboral, sin necesidad de estancia hospitalaria y las secuelas derivadas de su incapacidad laboral, lo que supone un total de cincuenta mil doscientos cincuenta y tres euros y tres céntimos.

Adjunta a la reclamación la siguiente documentación: i) poder para pleitos a favor de la Abogada que firma el escrito de reclamación; ii) diversa documentación médica, que acredita la intervención quirúrgica realizada, las secuelas objeto de reclamación, así como el alcance de las mismas.

Segundo

En fecha 26 de octubre de 2006, se dicta Resolución en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose Instructor del mismo. Posteriormente, el 2 de noviembre, se notifica a la Letrada Sra. J., el inicio del procedimiento administrativo, así como se le facilita diversa información relativa a la instrucción del mismo.

Tercero

Posteriormente, se remite copia de la reclamación a la Aseguradora de la Administración, Z., S.A., y se solicita de la Gerencia del Área de Salud II cuantos antecedentes existan de la atención prestada al reclamante, su historia clínica y, en particular, el informe de los Facultativos que le atendieron.

Cuarto

De los informes y documentos que se remiten evacuando el anterior requerimiento destacan los siguientes aspectos:

“Paciente diagnosticado de coxartrosis derecha e intervenido el 17/5/05 mediante implantación de una prótesis total de cadera, sin complicaciones durante el acto quirúrgico.

Durante el postoperatorio, se detecta un déficit neurológico en la extremidad intervenida (ciático derecho) que se estudia y trata, según figura en su historial, sin recuperarse plenamente.

La enfermedad originaria del paciente (coxartrosis) ya es en sí misma invalidante, tanto que se propone, y acepta el paciente, una intervención mutilante, retirada de su cadera y reemplazarla por una prótesis, con la intención de aliviar el dolor y mejorar su función, según consta en el consentimiento informado, pero nunca es igual en su función una prótesis al órgano natural.

La lesión neurológica es una complicación posible y, afortunadamente, de rara presentación, no predecible e inherente a este tipo de intervenciones de cadera, tal como figura en el apartado (d) del consentimiento que firma el paciente cuando acepta la propuesta de intervención, del que se entrega copia, según protocolo. En ocasiones, depende incluso de variantes anatómicas del paciente.

El tratamiento quirúrgico de la coxartrosis implica un largo período de incapacidad laboral y, en numerosas ocasiones la invalidez para su trabajo, por la propia prótesis. Limitando bipedestación y deambulacion prolongadas, caminar por terrenos irregulares y trabajos que sobrecarguen la cadera, aun sin la lesión neurológica.

Igualmente se remiten el consentimiento prestado por el paciente para su inclusión en el sistema de organización y programación quirúrgica del Centro; el consentimiento para la anestesia y el consentimiento informado para la intervención quirúrgica firmado por el Sr. L. el 4 de febrero de 2005. En este último documento, se indica expresamente como una posible complicación de la intervención para prótesis articular del miembro inferior *la lesión de los nervios adyacentes.*

Quinto

En fecha 26 de marzo de 2006, se emite el informe por la Inspectora D^a A. G. R., cuyas conclusiones, son las siguientes:

1º.- D. A. L. J., de 55 años de edad, fue diagnosticado en el año 2002 de necrosis de cadera derecha. En principio, se le realizó tratamiento conservador y, dado que su evolución no fue favorable, se le incluyó en LEQ para prótesis de cadera derecha. Firmó el correspondiente documento de consentimiento informado y, el 18/05/2005, se le realiza la intervención. Ésta transcurre sin incidencias, pero, en el postoperatorio, detectan un déficit neurológico de la extremidad derecha y le prescriben una férula antiequino. Posteriormente, fue revisado, realizó tratamiento rehabilitador, pero su evolución no fue favorable y persistió como secuela una parálisis del nervio ciático poplíteo externo, con pie equino.

2º.- En el documento de consentimiento informado que firmó D. A. L., se describen como complicaciones previsibles entre otras, la lesión de los nervios adyacentes, y éste fue el origen de la secuela posquirúrgica del paciente.

3º.- A D. A. L., le reconocieron una invalidez permanente total para su trabajo habitual de mozo de almacén por presentar limitación para el desarrollo de actividades laborales que impliquen sobrecarga moderada de la cadera derecha (deambulacion prolongada, bipedestación permanente para caminar por terrenos irregulares...)

4º.- El paciente, por lo tanto, presentó una complicación poco frecuente, descrita en el documento de consentimiento informado de las intervenciones de prótesis de cadera; y, al paciente, se le intervino porque padecía una coxartrosis de cadera derecha, enfermedad degenerativa y, por sí misma, invalidante.

Sexto

Consta a continuación en el expediente el informe pericial emitido a instancia de la Compañía aseguradora, cuyas conclusiones son las siguientes:

1.- D. A. L. J., presentaba una coxartrosis cuya indicación terapéutica era el implante de una prótesis

total de cadera, lo que se llevó a efecto con indicación adecuada y técnica correcta.

2.- En el postoperatorio inmediato, se diagnosticó la parálisis de CPE derecho, poco frecuente y no predecible, pero posible, como está recogido en el consentimiento informado.

3.- Se utilizó rehabilitación y electroestimulación para conseguir el resultado mejor posible, pero la parálisis es irreversible y precisa para caminar una ortesis anti-equino.

Séptimo

El 22 de mayo de 2007, se comunica al reclamante el trámite de audiencia del expediente, que no consta haya sido evacuado.

Octavo

El 6 de agosto de 2007, se dicta Propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación interpuesta por considerar que el daño no resulta antijurídico, al estar contemplado el mismo dentro del consentimiento informado firmado en su día por el reclamante.

Noveno

El 10 de agosto de 2007, se emite informe, por la Letrada de los Servicio Jurídicos de la Consejería, favorable a la Propuesta de resolución.

Antecedentes de la Consulta

Primero

Por escrito de 14 de agosto de 2007, registrado de entrada en este Consejo el día 21 de agosto de 2007, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2007, registrado de salida el día 22 de agosto de 2007, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado 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 del Dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

El art. 11.g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, califica de preceptivo el dictamen en las reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública, lo que igualmente reitera el artículo 12.g) de nuestro Reglamento Orgánico y Funcional, aprobado por Decreto 8/2002 de 24 de Enero, cuando la cuantía de las reclamaciones sea indeterminada o superior a 600 € .

Aplicando esta doctrina general al presente caso, nuestro dictamen, resulta ser preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio 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 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPAC), 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.

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 para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien en estos casos, y como señala la Propuesta de resolución, la obligación del Profesional médico y de la Administración sanitaria es una obligación de medios y no de resultado, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

La Propuesta de resolución desestima la reclamación interpuesta por considerar que el daño sufrido por el reclamante no resulta antijurídico, al haberse actuado en todo momento de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, por lo que recae sobre el reclamante el deber jurídico de soportar el daño, concurriendo además un criterio negativo de imputación del daño, al haber prestado el particular el consentimiento a la realización de la intervención quirúrgica, después de haber sido informado de los riesgos existentes, entre los que se encuentra la lesión de los nervios adyacentes.

Con carácter previo es necesario realizar unas precisiones a los anteriores pronunciamientos de la Propuesta de resolución, pues este Consejo Consultivo se viene manifestando con reiteración acerca de que el requisito de la antijuridicidad del daño no tiene un papel relevante en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, pues no parece que exista base suficiente para afirmar, con carácter general, que el paciente tiene el deber jurídico de soportar el daño que le pueda producir un tratamiento médico o quirúrgico que pueda resultar adecuado considerado en sí mismo.

También hemos mantenido que el hecho de que conste la existencia del consentimiento informado prestado por el paciente tampoco constituye una causa de

exoneración de la responsabilidad médica.

Lo que mantenemos, es que, en el caso de la asistencia sanitaria, el funcionamiento del servicio público consiste en el cumplimiento por parte de la Administración de un jurídico previo e individualizado respecto de ese paciente, correlativo a su derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria, tal y como hemos indicado en nuestros Dictámenes núms. 15, 55 y 86/2005, entre otros.

Es este punto de vista de configurar la responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria como una responsabilidad derivada del incumplimiento de un deber previo a su cargo, el que obliga a analizar la extensión legal de ese deber a una cuestión distinta, cual es la necesaria prestación por el paciente de su consentimiento para cualquier intervención o acto médico, impuesto a la Administración sanitaria.

Esta exigencia del consentimiento informado constituye un deber adicional para la Administración sanitaria, pues su ausencia e incluso su insuficiencia, determina un incumplimiento en la prestación de la asistencia sanitaria y, por lo tanto, la obligación de indemnizar los daños sufridos, incluso aunque la asistencia haya sido prestado de acuerdo con la *lex artis*. Además, ese consentimiento informado tampoco constituye una especie de salvoconducto, de manera que, si existe el mismo, el Facultativo queda exonerado ya de cualquier complicación incluida en dicho consentimiento, pues, en todo caso los Facultativos que atiendan a cualquier paciente deberán llevar a cabo sus actos médicos y/o quirúrgicos de manera adecuada.

En el caso sometido a nuestra consideración, nada se indica sobre la intervención quirúrgica practicada, la cual según todos los informes existentes, era la adecuada atendiendo al estado físico del paciente. La reclamación se sustenta, única y exclusivamente, en la existencia de relación de causalidad entre la existencia de un acto quirúrgico y la lesión sufrida por el paciente, lo que conlleva la idea incorrecta de la Administración como aseguradora universal a que nos hemos referido al inicio de este Fundamento jurídico.

Sin embargo, consta en el expediente, al Folio 37, el consentimiento informado firmado por el reclamante el día 4 de febrero de 2005, en el que se recogen como posibles complicaciones de la intervención quirúrgica, además de la lesión de nervios adyacentes, la parálisis, cojera y acortamiento del miembro (inferior), por lo que la Administración sanitaria no debe responder en este caso por concurrir dos criterios negativos de imputación objetiva, ya que no consta que la actuación médica fuese contraria a la *lex artis*, ni que se haya incumplido el deber de información al paciente ni el de obtener su consentimiento para la intervención, extremos estos a los que no se realiza mención de ningún tipo por el reclamante a lo largo de todo el expediente administrativo. Tampoco se

ha negado la autenticidad de la firma obrante en el mencionado consentimiento, ni se ha alegado que la intervención quirúrgica se realizase de manera descuidada o poco diligente.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, procede desestimar la reclamación interpuesta por D^a C. J. T. actuando en nombre y representación de D. A. L. J..

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.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero