

En Logroño, a 21 de diciembre de 2009, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. José María Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia el Consejero, D. Pedro de Pablo Contreras, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

97/09

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial iniciado por D. V. J. del A., por los daños, a su juicio, causados tras una intervención de rodilla que deriva a artrofibrosis.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D. V. J. del A., mediante escrito de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, de 9 de febrero de 2009, presentado en la Oficina de Correos de Haro, el 10 de febrero, registrado en el Registro de Atención al Paciente el 12 de febrero y en el Registro General de la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja, el 23 de febrero de 2009, solicita una indemnización de 29.380,36 euros, en concepto de gastos, daños y perjuicios sufridos hasta el 31 de enero de 2009, sin perjuicio de los demás que se acrediten durante la tramitación del expediente, como consecuencia de la asistencia prestada por el SERIS.

El relato fáctico es el siguiente:

1. El 27 de septiembre de 2007 es atendido en el Servicio de Urgencias, con diagnóstico de «fractura osteocondral desplazada del cóndilo femoral externo derecho» y, el 4 de octubre, intervenido quirúrgicamente en el Hospital San Pedro, con «reducción abierta y osteosíntesis del fragmento osteocondral desprendido con un tornillo reabsorbible», con alta hospitalaria el 5 de octubre. Tras revisión el 16 de noviembre de 2007, se envía a rehabilitación con carácter «preferente» el 21 de noviembre, al presentar «movilidad pobre», para dos semanas. Tras nueva revisión en diciembre, el 25 de enero de 2008 se realiza un nuevo informe radiológico que constata «cambios postquirúrgicos».

2. Tras –en su opinión– «lo defectuoso de la operación y del tratamiento», el 29 de febrero de 2008, se le informa de que se le va a realizar «artroscopia de rodilla y menisectomía parcial», que se realizará el 21 de abril de 2008, en cuya intervención se aprecia «artrofibrosis extensa», utilizando como técnica «limpieza articular motorizada y con vaporizador».

3. Se le cita a revisión el 25 de abril y el 9 de mayo, fecha en la que el Dr. M. –I. le propone nueva intervención quirúrgica de «artroplastia abierta, más movilización bajo anestesia», siendo citado para el 3 de junio de 2008.

4. Ante dicha oferta, el reclamante manifiesta su deseo de contar con una segunda opinión médica y el traslado a otro Centro hospitalario, que cumplimenta el 29 de mayo de 2008, al no recibir respuestas concretas a las preguntas en relación al origen de su situación, las respuestas vagas en torno a una nueva operación y tratamiento adecuado, la no disminución del dolor ni mejoría en la flexión de la rodilla, solicitando el traslado a la Clínica U. de Pamplona o al Hospital Marqués de Valdecilla de Santander.

5. El 3 de junio de 2008, obtiene respuesta a su petición de traslado, poniendo en su conocimiento que la Clínica U. tiene una lista de espera de 9 meses y que el H. Valdecilla no es Centro de referencia para la patología que presentaba.

6. Como quiera que las soluciones que se le ofrecen consisten en una operación quirúrgica «con más riesgos que ventajas», sin que le explicasen el origen de las complicaciones, que no era otro que la primera operación realizada y, en concreto, el tornillo reabsorbible que le fue retirado por la sanidad privada, sin que en ningún momento se le señalara que ese fuera el origen del problema, se dirigió a la Clínica L.E. de Vitoria, donde, el 30 de octubre de 2008, se le practica «artroplastia artroscópica de la rodilla afectada: resección de fibrosis-adherencias de fondo de saco y recesos laterales con vaporizador y motor de artroscopia, afeitado de condropatías de cóndilo externo y de polo inferior de rótula, extracción de cabeza de tornillo reabsorbible e infiltración intraósea de PRGF en cóndilo externo e intrarticular. Se alcanza una flexión prácticamente completa» (Informe de 3 de noviembre de 2008).

7. En informe médico de la misma Clínica, de 14 de enero de 2009, la mejoría continúa, pues la flexión alcanza más de 130°, si bien continúa realizando rehabilitación. Al dar cuenta de la intervención quirúrgica, de 30 de octubre de 2008, se afirma: «objetivando en el transcurso de la misma además de la artrofibrosis, la presencia de un tornillo de material biodegradable a nivel del cóndilo femoral externo que requirió su extracción debido a la proyección del mismo en el cóndilo femoral externo (con el consiguiente peligro de erosionar la superficie de la meseta tibial externa) y que producía una irritación articular, siendo uno de los elementos, junto con la artrofibrosis, de la limitación de la movilidad».

Considera que, en su caso, ha habido una mala praxis médica en la asistencia sanitaria recibida, a la que se han añadido retrasos y falta de explicaciones que constituyen un supuesto de mal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, siendo esta circunstancia la que le ha llevado a acudir a vías ajenas al SERIS, teniendo que hacer frente a numerosas molestias, gastos y nuevas operaciones, razón por la que solicita el reembolso de gastos satisfechos en la sanidad privada, así como los días de baja que tuvo que sufrir innecesariamente ante los continuos retrasos y actuaciones de los Médicos del SERIS.

Adjunta diversa documentación médica de su asistencia en la sanidad pública y en la privada. En lo que ahora interesa, se ha aportado:

-Informe radiológico realizado por Dr. G. I., de 25 de enero de 2008, de A. V. (G. T., S.L):

«Derrame articular. Menisco interno ligamentos colateral cruzados y mecanismo extensor de la rodilla así como cartílago rotuliano sin hallazgos. Alteración focal de señal de cóndilo femoral externo en relación con fractura osteocondral, asociando aumento de señal de cuerno anterior de menisco externo en relación con malacia sin descartar rotura del mismo a correlacionar clínicamente. Sin otras alteraciones», (folio 13).

-Informe radiológico realizado por la Dra. C. C., de A. M. (T.), de 28 de julio de 2008, en el que se lee:

«Cambios postquirúrgicos con presencia previa de material de osteosíntesis en cóndilo femoral externo por fractura osteocondral, sin fragmento desprendido ni desplazado. Hay pocos artefactos de susceptibilidad magnética, probablemente por retirada del material de osteosíntesis. Sin embargo, hay una imagen redondeada que protruye el compartimento externo, anterior al cuerno posterior del menisco externo, a valorar con antecedentes quirúrgicos del paciente...CONCLUSION: Cambios postquirúrgicos por fractura osteocondral del cóndilo femoral externo: ver comentario. Meniscopatía degenerativa del cuerno posterior del menisco interno. Condromalacia rotuliana grado II» (folio 14).

-Consentimiento informado para artroscopia de rodilla y meniscectomía parcial, de 29 de febrero de 2008, y documento de inclusión en lista de espera quirúrgica de la misma fecha. Consta la firma del Facultativo, pero no la del paciente (folios 15, 16 y 17). Sin embargo, en los documentos médicos aportados por la Gerente del Área Única de Salud, Hospital *San Pedro*, constan esos mismos documentos, pero con ambas firmas, la del médico y la del paciente (folios 51 y 52).

-Informe médico de la Unidad de Cirugía Artroscópica de la Clínica *L.E.*, de Vitoria, de 26 de agosto de 2008, que refiere, entre otras cosas:

«En la actualidad, presenta una limitación de la flexión a 90°. Radiológicamente, presenta una ligera desestructuración del reborde externo del cóndilo femoral externo y, en estudio de RMN realizado recientemente, se informa de cambios postquirúrgicos por fractura osteocondral del cóndilo femoral externo, con imagen redondeada que protruye el compartimento externo anterior al cuerno posterior del menisco externo. Condromalacia rotuliana grado II», (folio 23).

Acompaña diversos justificantes de los gastos realizados en la sanidad privada.

Segundo

El Secretario General Técnico, por delegación del Sr. Consejero, el 24 de febrero de 2009, resuelve tener por iniciado el procedimiento y nombra Instructora del mismo, con fecha de 23 de febrero. Dicha Resolución se comunica al interesado el 26 de febrero (notificado al representante del interesado el 3 de marzo siguiente), con indicación de lo establecido en la legislación del procedimiento común.

Tercero

La Instructora del procedimiento, el 26 de febrero de 2009, solicita de la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja, Hospital *San Pedro*, la información existente sobre la asistencia prestada, así como informe de los Facultativos intervinientes.

El mismo día, se traslada copia de la reclamación a A. G. y C., en cuanto corredor del seguro suscrito por el SERIS con Z. E., Compañía de Seguros y Reaseguros, que acusa recibo de su recepción el 26 de febrero.

Cuarto

La Gerente de Área Única, mediante escrito de 10 de marzo de 2009, remite informe del Dr. J. M.-I. B., Traumatólogo que realizó las intervenciones quirúrgicas, así como diversa documentación clínica relativa a la asistencia prestada al reclamante.

El informe del Dr. M.-I. B. dice literalmente:

«En relación a la reclamación realizada por D. V. J. del A., he de exponer que la relación de hechos relatados en dicha reclamación se ajusta a la realidad, no siendo así, a mi entender, la interpretación de los mismos como una negligencia médica.

El día 05/10/2007, D. V.... fue intervenido para reducción y osteosíntesis de la fractura osteocondral de la rodilla derecha empleándose para ello un tornillo reabsorbible, consiguiéndose una reducción correcta y dejando el mismo enterrado en el cartílago articular.

Tras un corto período de inmovilización (2 semanas) para minimizar el riesgo de fibrosis articular y consiguiente pérdida de movilidad, es remitido a Rehabilitación el 21/11/2007, apreciándose ya en esa visita una movilidad pobre, por lo que se hace dicha petición de forma “preferente”.

En las sucesivas consultas, persiste la escasa movilización, por lo que se realiza una RNM, encontrándose los hallazgos propios de la lesión tratada. Ante la clínica reseñada, el día 29/02/2008, se propone una artrolisis artroscópica, que se realiza el 21/04/2008, no apreciándose en dicha intervención protrusión alguna del material de osteosíntesis

Pese al tratamiento realizado, no se consigue un rango articular correcto, por lo que, tras consultar (09/05/2008) con otro compañero experto en rodilla (Dr. S.), se propone al paciente la

realización de una artrolisis abierta y movilización bajo anestesia. En la consulta de 27/05/2008, el paciente indica que quiere solicitar una segunda (tercera) opinión».

Se adjunta diversa documentación clínica relativa a la asistencia en el Servicio de Urgencias y a las dos intervenciones quirúrgicas y posterior seguimiento (folios 49 a 58). Consta, en particular, el consentimiento informado e inclusión en lista de espera de la segunda intervención, fechado el 29 de febrero de 2008 (folios 51 y 53).

Quinto

La Instructora, mediante escrito de 16 de marzo de 2009, solicita a la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones que la Inspección médica emita informe en relación con la reclamación presentada, que se cumplimenta el 17 de abril de 2009. En dicho informe, tras relatar los antecedentes fácticos más relevantes, refieren en cuanto a la discusión científico-técnica:

«...En mi opinión, y una vez analizado el proceso asistencial, no puede decirse que haya existido mala praxis como apunta el reclamante y mucho menos por las razones que señala y que en buena medida quedan reflejadas en el párrafo anterior. La Medicina es una ciencia de medios, en el sentido que poniendo todos los medios humanos y técnicos existentes no puede garantizarse el resultado en el 100% de los casos. De aquí lo importante que es la adecuada información del paciente y la regulación que hace que la ley de garantizar, en el caso de las intervenciones quirúrgicas, se concrete de manera escrita mediante el formulario de consentimiento informado. Por cierto, en este caso no se han cumplido todos los requisitos, como es la falta de firma del paciente, pero también queda claro que esto no es objeto de reclamación.

Pues bien, en el desarrollo asistencial que D. V...ha tenido en el Hospital San Pedro, ha sido atendido de manera correcta, realizándose las exploraciones y consultas precisas a este tipo de procesos. Además de los períodos de rehabilitación, ha sido visto repetidamente en consulta por el Especialista que le operaba, y realizado varias resonancias que arrojan luz acerca de la evolución clínica de la rodilla. Al parecer, D. V...no ha presentado queja alguna sobre el trato recibido ni esperas prolongadas. Solamente entiende que no ha habido la suficiente pericia profesional y que ello le ha perjudicado. Pero esto, a mi entender, tampoco se fundamenta. No es infrecuente que los procesos asistenciales, sobre todo en Traumatología, exijan varias intervenciones quirúrgicas según su evolución y ello no supone mala praxis médica, ni falta de pericia, sino el ir abordando las complicaciones en la evolución del proceso. Es este caso, el proceso asistencial y quirúrgico que se efectúa para tratar la lesión de D. V. puede considerarse como razonable y su evolución implica más de una intervención, bien por artroscopia o a cielo abierto. En definitiva, la diferencia más apreciable, a mi juicio, ente la intervención privada efectuada al paciente y la propuesta por el Dr. M. I., era intervenir para la realización de una artrolisis abierta y movilización bajo anestesia (propuesta del Facultativo del Hospital de San Pedro) o bien hacerlo mediante artroscopia. Téngase en cuenta que no es hasta la resonancia de julio de 2008 cuando se observa claramente “una imagen redondeada que protruye en el compartimento externo”, y, por lo tanto, cabe interpretar que se hubiera solucionado la extracción de la cabeza del tornillo a la que el paciente le da tanta importancia. Dicho todo lo anterior, es cierto que en la atención médica es necesaria una confianza en el equipo médico y, comprensible que, ante una tercera intervención de la rodilla, un paciente joven de algo más de veinte años que, además en aquel momento no ve que evoluciona con mejoría manifiesta, requiera una segunda opinión. Por ello y desde un plano puramente asistencial, es

comprensible que quiera la visión de otros Facultativos, y también que no parece razonable una espera de nueve meses para obtenerla. No me es dado a mí, en este informe, pronunciarme por las consecuencias de esta situación y el posible o no derecho a indemnización a que pudiera dar lugar.»

El informe es remitido a A. R. S., Agente de seguros de Z. E., Aseguradora de SERIS, que acusa recibo el 22 de abril de 2009.

Sexto

Se ha incorporado al procedimiento un dictamen médico redactado para D. I&I SL, Asesoría Médica, por los Dres. R. A., R. G. y V. G., Especialistas en Traumatología y Ortopedia, el 8 de junio de 2009, a instancia de Z. E., Compañía de Seguros y Reaseguros, Aseguradora del SERIS. Tras un pormenorizadísimo relato de los hechos y las consideraciones médicas sobre los defectos y las lesiones oseocnrales, establecen las siguientes conclusiones:

«1. D. V...., presentó una rodilla traumática, con lesiones osteocnrales, contusión ósea y afectación capsulo-ligamentosa, así como meniscopatía del cuerno posterior del menisco ésta de aparición tardía Hemartros.

2. Se procedió a tratamiento quirúrgico para reducción del proceso osteocnral y estabilización con osteosíntesis resorbible.

3. En la evolución, presentó proceso de artrofibrosis, del que fue tratado con dos cirugías, una mediante limpieza con motor y vaporización y otra por artrolisis artroscópica, realizada a algo más del año de la lesión. La evolución de esta última cirugía fue a ampliar el ángulo de movimiento a un arco de 130º, con dolor en rótula.

4. La lesión que padece el paciente es una lesión grave que, por mecanismos inmunológicos y estímulos bioquímicos, determina la aparición de la fibrosis y rigidez secundaria en la rodilla.

5. Se ha seguido la lex artis. No ha existido mala praxis por parte de ninguno de los Profesionales que han intervenido. El proceso tiene unas características derivadas de la alteración traumática de la rodilla que afectan al campo inmunológico y bioquímico».

Séptimo

La Instructora da trámite de audiencia al representante del interesado el 29 de junio de 2009, notificado el 2 de julio siguiente.

Mediante otro escrito de 15 de julio, se remite al reclamante copia de todos los documentos incluidos en el expediente tramitado, que lo recibe el siguiente 16 de julio.

Octavo

Mediante escrito registrado el 21 de julio de 2009, el reclamante presenta escrito de alegaciones. En cuanto a los aspectos formales, manifiesta su protesta por no remitir la documentación directamente al Letrado al que ha otorgado su representación, lo que contrasta con la remisión de la documentación que contiene datos personales a quien tiene la condición de tercero, como es la Compañía Z.. En cuanto al fondo, manifiesta que los informes médicos no desvirtúan los hechos recogidos en la reclamación, pues al margen de discutir si ha existido la pericia o no de un Médico y el tratamiento realizado por él, lo que se discute es el error que pudiera haberse producido, la falta de coordinación existente y el cúmulo de circunstancias y el alargamiento de forma indebida en el tiempo del tratamiento curativo.

En este sentido, refiere los dilatados plazos del tratamiento: que cuatro meses después (finales de enero de 2008) de la primera intervención (octubre de 2007) se realiza nuevo informe; que un mes más tarde se le propone nueva intervención quirúrgica, que se realiza un mes y medio después (abril de 2008) y se descubre una *“artrofibrosis extensa”*; que semanas más tarde (ocho meses después de la primera intervención) y *“ante el fracaso total del tratamiento seguido”*, se le propone nueva intervención (*“artrolysis abierta y movilización bajo anestesia”*), motivo de que solicita una segunda opinión médica y el traslado de Centro sanitario. Que no solicita sino *“el reembolso de los gastos derivados de la atención en otro Centro al haber fallado por dos veces el que correspondía al SERIS”*. En el resto de alegaciones, discrepa de las valoraciones de los informes médicos (Inspección Médica y dictamen pericial de parte), concluyendo que *“ha existido un caso de mala praxis médica en cuanto la misma la referimos de forma extensiva a todos los que intervinieron en el proceso, sin circunscribirlo de forma exclusiva al Médico”*.

Noveno

La Instructora, el 27 de octubre de 2009, formula Propuesta de resolución en la que estima parcialmente la reclamación de responsabilidad presentada por D. V. J. del A., y, en consecuencia, se le abone la cantidad de 6000 euros, en concepto de daño moral derivado de la realización de una intervención quirúrgica sin el preceptivo documento de consentimiento informado.

La Propuesta de resolución, en cuanto a las alegaciones formales, señala que el interesado se ha limitado a indicar en el escrito inicial que las notificaciones y comunicaciones se remitan al domicilio de un Letrado (al que efectivamente se han remitido), pero sin otorgar representación alguna en las formas establecidas en Derecho. De otra parte, la participación de Z. E. en el procedimiento, está justificada en cuanto Aseguradora del SERIS.

Respecto del fondo del asunto, la Propuesta entiende que no concurre la necesaria relación de causalidad entre la actuación de los Servicios sanitarios y el daño alegado, que es explicable por la *“tórpidas evolución de su propia patología”*, como pone de manifiesto el dictamen de los Especialistas de Traumatología y Ortopedia (*“la lesión que padece el paciente es una lesión grave que, por mecanismos inmunológicos y estímulos bioquímicos, determina la aparición de la fibrosis y rigidez secundaria en la rodilla”*) o el informe de la Inspección Médica (*“no es infrecuente que los procesos asistenciales, sobre todo en Traumatología, exijan varias intervenciones quirúrgicas según su evolución y ello no supone mala praxis médica, ni falta de pericia, sino ir abordando las complicaciones en la evolución del proceso”*). En este sentido, considera que la actuación se ha ajustado a la *lex artis*, por lo que, en materia de responsabilidad sanitaria, no cabe imputar el daño a la Administración.

No procede el reintegro de gasto, pues no concurre el supuesto de “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”, que exige ahora el art. 4.3 del RD 1030/2006, ni, por las razones expuestas, puede reconducirse el caso a un supuesto de denegación de asistencia o de error de diagnóstico (excluidos ahora de la regulación reglamentaria), aunque admitidos por la jurisprudencia contenciosa, como supuestos de responsabilidad patrimonial.

Entiende, sin embargo, que ha existido un daño moral, al haberse realizado la primera de las intervenciones quirúrgicas sin haber prestado el consentimiento informado, daño moral que se valora en 6.000 euros.

Remitida la Propuesta de resolución para informe de los Servicios Jurídicos, el 30 de octubre de 2009, éstos informan favorablemente la desestimación el 4 de noviembre siguiente.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 6 de noviembre de 2009, registrado de entrada en este Consejo el 18 de noviembre de 2009, 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 18 de noviembre de 2009, registrado de salida el 19 de noviembre de 2009, 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 art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por 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.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, 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 D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 euros. La cuantía ha sido elevada a 6.000 euros por Ley 5/2008, que ha dado nueva redacción al citado precepto. Al ser la cuantía de la reclamación superior a 600 euros, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, 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 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

critérios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para el reconocimiento de la Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

De acuerdo con el marco jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, enunciado en el artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrollado en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el pertinente desarrollo reglamentario en materia procedimental, a través del R.D. 429/1993 de 26 de marzo, los requisitos necesarios para que se reconozca la responsabilidad patrimonial, tal y como este Consejo viene recogiendo en sus dictámenes (cfr. Dictamen 23/98, F.J.2), pueden sintetizarse así:

1º.- Existencia de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (lesión antijurídica). El daño ha de ser efectivo (no hipotético, potencial o de futuro, sino real), evaluable económicamente (bien se trate de daños materiales, personales o morales) e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

2º.- Que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público, sin intervención del propio perjudicado o de un tercero que pueda influir en el nexo causal.

3º.- Que el daño no se haya producido por fuerza mayor.

4º.- Que no haya prescrito el derecho a reclamar, cuyo plazo legal es de un año, computado 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 *directa* de la Administración (aunque el daño haya sido causado por personal dependiente de la Administración o sea atribuible genéricamente a los servicios administrativos), *objetiva* (aunque no haya mediado culpa individual o la actuación no haya sido “ilícita”) y *general* (aplicable a cualesquiera de las actividades y servicios de la Administración).

Ahora bien, que el sistema de responsabilidad patrimonial sea objetivo no permite deducir, como oportunamente ha señalado la jurisprudencia, que la Administración tenga un deber general de indemnizar cualquier daño que pueda imputarse causalmente al funcionamiento de sus servicios. No es ocioso recordar que la protección constitucional de

la salud y el derecho de asistencia sanitaria reconocido en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del sistema nacional de salud, desarrolladas por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización, no son absolutos, pues, por ambiciosas y amplias que sean las prestaciones reconocidas por el sistema sanitario público y las aptitudes de los profesionales sanitarios, no podemos soslayar nuestra condición perecedera como seres vivos. Por esa razón, la acción de los poderes públicos en materia sanitaria es, sobre todo y por lo general, una *prestación de medios* (correlato al derecho individual de cada paciente a la protección a la salud y a la atención sanitaria) y *no de resultados*, dado que no es posible garantizar de manera absoluta la curación y sanidad de los pacientes.

De manera que –como hemos señalado en múltiples dictámenes– siempre que la Administración sanitaria haya puesto los medios necesarios de acuerdo con los protocolos de actuación y sus profesionales actuado de conformidad con la *lex artis ad hoc* no será posible imputar a la Administración el daño generado o concomitante a la prestación sanitaria.

Tercero

La inexistencia de responsabilidad de la Administración en el presente caso

En el presente caso, estaríamos –según el escrito inicial del reclamante y las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia– ante una mala praxis médica, pues, pese a las dos intervenciones quirúrgicas y a la rehabilitación realizada, ha tenido falta de movilidad en la rodilla y dolores, que le han obligado a tomar calmantes durante largo tiempo, situación que ha cambiado radicalmente tras una nueva intervención en la sanidad privada. A la mala praxis médica, han de añadirse los retrasos y la falta de explicaciones, que constituyen un mal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, motivo de que acudiera a la sanidad privada, que ha resuelto su problema de falta de movilidad de la rodilla. Solicita el reintegro de los gastos realizados y los días de baja que tuvo que sufrir innecesariamente ante los continuos retrasos y actuaciones de los Médicos del SERIS.

Para la Propuesta de resolución, tras referirse a las cuestiones formales alegadas por el reclamante, a las que nos hemos referido en el Antecedente de Hecho Noveno, la reclamación presentada no reúne los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, pues no concurre la necesaria relación de causalidad entre la actuación e los servicios sanitarios y el daño alegado, explicable –de acuerdo con la documentación clínica– por la evolución de su lesión, a pesar de la correcta actuación terapéutica prestada.

Así, la no curación de la lesión intrarticular de rodilla, tras sendas intervenciones quirúrgicas, es consecuencia de la «*tórpida evolución de su propia patología*», no pudiendo atribuirse dicha evolución a la actuación de los Facultativos de la sanidad pública, que se ha ajustado a la *lex artis*, de acuerdo con los informes médicos (Inspección Médica y el dictamen de los Especialistas en Traumatología y Ortopedia, solicitados a instancia de la Aseguradora del SERIS).

No concurren tampoco, según la Propuesta de resolución, los requisitos para el reintegro de los gastos reclamados, pues no se trata de un supuesto de «*asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital*», ni, por las razones expuestas, puede reconducirse el caso a un supuesto de denegación de asistencia o de error de diagnóstico, supuestos no incluidos ahora en la regulación reglamentaria, aunque admitidos por la jurisprudencia contenciosa como supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Entiende, sin embargo, que ha existido un daño moral al haberse realizado la primera de las intervenciones quirúrgicas sin haber prestado el consentimiento informado, daño moral que se valora en 6.000 euros.

Pues bien, a la vista de la documentación obrante en el expediente, este Consejo Consultivo considera bien fundada la Propuesta de resolución, estimatoria parcialmente de la reclamación indemnizatoria y el concepto por el que lo reconoce (daño moral).

Pese a las apariencias derivadas del aparente fracaso asistencial en el tratamiento del traumatismo de rodilla padecido, que ha precisado de dos intervenciones quirúrgicas en el sistema sanitario público y una tercera, propuesta pero no aceptada por el paciente, que prefirió realizarla en la sanidad privada, así como de su larga duración (9 meses en la sanidad pública, más el período de asistencia sanitaria privada), apariencias y larga duración unidas al éxito inmediato obtenido en la sanidad privada, que llevan al reclamante a deducir que ha existido mala praxis médica; la documentación clínica y los informes médicos aportados al procedimiento permiten concluir que no ha habido mala praxis médica ni infracción de la *lex artis*, pese a que no se haya conseguido, de manera inmediata, el resultado deseado para la grave lesión de rodilla padecida.

Pues bien, como pone de manifiesto el dictamen médico de los Especialistas de Traumatología y Ortopedia, la fractura osteocondral, correctamente tratada mediante un tornillo reabsorbible, evoluciona hacia una artrofibrosis de rodilla (proceso muy incapacitante que se caracteriza por la pérdida de movilidad, debido a la proliferación excesiva de un tejido fibroso intrarticular, tras un traumatismo y/o cirugía intrarticular, fruto de mecanismos inmunológicos y estímulos bioquímicos naturales). El objeto de la segunda y tercera intervención quirúrgica (ésta, en la sanidad privada) es el mismo,

corregir la artrofibrosis, como idéntica es la técnica empleada en los dos casos (artroplastia artroscópica).

La mayor flexión conseguida (más de 130º) en la intervención quirúrgica de la sanidad privada –a juicio de estos Especialistas- *«es difícil de explicar, puesto que las técnicas fueron similares»*. Como hipótesis, sitúan el alejamiento en el tiempo de la fase aguda del traumatismo (folio 81), si bien, cabe considerar, como afirma el Informe de la Inspección médica y parece creer el reclamante, que haya podido ser determinante la retirada de la cabeza del tornillo reabsorbible implantado en la primera operación de reducción de la fractura osteocondral del cóndilo femoral externo, *«debido -se afirma en el Informe no pericial, redactado por Facultativos de la Clínica L.E. de Vitoria, el 14 de enero de 2009- a la protrusión del mismo en el cóndilo femoral externo (con el consiguiente peligro de erosionar la superficie de la meseta tibial externa) y que producía una irritación articular, siendo uno de los elementos junto con la artrofibrosis de la limitación de la movilidad»* (folio 25).

La relevancia que pueda tener el material de la osteosíntesis en la duración y fracaso inicial del tratamiento no es absoluta y, en modo alguno, puede considerarse mala praxis médica, pues el mismo se ha hecho presente en una fase muy avanzada del proceso asistencial, cuando ya el reclamante abandona la sanidad pública. En efecto, se tiene constancia de la protrusión del tornillo en el informe radiológico de A. M., de 28 de julio de 2008 (Antecedente de Hecho Primero), pero en ningún momento anterior a esa fecha, pues el Traumatólogo afirma en su informe que el tornillo reabsorbible quedó *«enterrado en el cartílago articular»* en la operación de 4 de octubre de 2007. Y, en el informe radiológico de 25 de enero de 2008, de A. V., nada se dice del referido tornillo, ni tampoco en la intervención artroscopia realizada el 21 de abril de 2008.

Por lo demás, las conclusiones del diagnóstico del Informe radiológico referido, de 20 de julio de 2008, incluyen, además, una meniscopatía degenerativa del cuerno posterior del menisco interno y condromalacia rotuliana grado II (degeneración de la superficie del cartílago que constituye la cápsula posterior de la rótula, padecimiento común entre adultos jóvenes, especialmente jugadores de fútbol, ciclistas, tenistas, remeros, bailarines de ballet y corredores), diagnóstico que puede ayudar a explicar la evolución de la lesión padecida por el reclamante y la lentitud de su recuperación, que ha requerido varias intervenciones quirúrgicas. Por todo lo expuesto y de acuerdo con los informes médicos aportados al procedimiento, no ha existido mala praxis médica ni infracción de la *lex artis*, razón por la que el daño alegado no puede ser imputado a la Administración, que ha puesto todos los medios a su alcance para lograr la sanidad del reclamante, aunque esta no se haya alcanzado, pues la obligación de la Administración es de medios, no de resultados.

En cuanto al reintegro de gastos, este Consejo Consultivo comparte la Propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por las razones allí expuestas y que hemos sintetizado más arriba. Como también compartimos la estimación parcial que hace la Propuesta de resolución en cuanto al daño moral derivado de la falta de consentimiento informado de la primera intervención quirúrgica, incumplimiento de una obligación médica determinante, como hemos admitido en anteriores dictámenes, de un daño moral, cuyo importe estimamos adecuadamente valorado en 6.000 euros.

CONCLUSIONES

Primera

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por D. V. J. del A., en concepto de daño moral, al haberse realizado la primera de las intervenciones quirúrgicas sin haber prestado el consentimiento informado, daño moral que se valora en 6.000 euros.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

Joaquín Espert y Pérez-Caballero
Presidente

Antonio Fanlo Loras
Consejero

José M^a Cid Monreal
Consejero

M^a del Carmen Ortiz Lallana
Consejera

Ignacio Granado Hijelmo
Letrado-Secretario General