

Expediente Núm. 26/2011
Dictamen Núm. 292/2011

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de octubre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 26 de enero de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños que atribuye a la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de abril de 2010, la interesada presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de lo que considera un error en la técnica quirúrgica empleada para solucionar su patología.

Manifiesta que, con fecha 4 de noviembre de 2008, previo diagnóstico de “hemangioma intramuscular en la pierna derecha (intervenido en 1999) y condromalacia rotuliana”, la intervinieron en el Hospital “X”, practicándosele

“por medio de una artrotomía (incisión quirúrgica de una articulación) una alerotomía externa con refuerzo alerón interno mediante plicatura en inserción vasto interno una vez comprobada la lateralización en flexión”. Advierte, en relación con esta operación, que ella suscribió un consentimiento informado, “(sin fecha)”, para “artroscopia y meniscectomía parcial”.

Refiere que, a pesar de la fisioterapia, los resultados fueron desalentadores, “cursando con dolor y limitación funcional”, por lo que el 30 de julio de 2009 fue reintervenida, “realizándose liberación del alerón rotuliano externo según técnica artroscópica”, quedando ingresada durante cinco días al presentar un cuadro de cefaleas.

Indica que permaneció de baja laboral “desde el día 15 de octubre de 2008 hasta que soy dada de alta el día 27 de octubre de 2009”.

Afirma que “ninguna de las intervenciones dio los resultados apetecidos, residuando un estado de limitación funcional en la rodilla derecha causado por dolor y limitación de los últimos grados de la flexión”.

Entiende que se infringió la *lex artis* ya que “la primera intervención no se ajustó a lo previsto en el consentimiento informado toda vez que la técnica empleada no fue una artroscopia y sí una artrotomía”, sin que le fuera explicado por qué se optó por esta última, y que al no lograr el resultado apetecido, hizo necesaria la práctica, “ahora sí”, de “la artroscopia que inicialmente se había previsto”. La “manifiesta tardanza en la práctica de la técnica señalada” ocasiona “la persistencia o agravamiento de la sintomatología previa”, así como que “deba prolongarse la baja laboral y una más que generosa cicatriz”, de “nada menos que 10,5 cm de largo y anchura en el extremo superior de 1 cm y 0,5 cm en el inferior en la cara anterior de la rodilla” como consecuencia de “la incisión practicada”.

Cuantifica los daños y perjuicios causados en diecinueve mil quinientos treinta y ocho euros con cuarenta y cinco céntimos (19.538,45 €), atendiendo a los siguientes factores: “268 días impeditivos que transcurren desde que es intervenida por primera vez hasta que vuelve a ser reintervenida, ahora sí, con una artroscopia”; secuela consistente en perjuicio estético ligero valorados en 6

puntos, y edad de la lesionada. Solicita indemnización en la cuantía señalada, “con más los intereses legales que correspondan desde la fecha de la presente reclamación”.

Adjunta a su escrito copia de la siguiente documentación: a) Dos hojas de “consentimiento informado para artroscopia y meniscectomía”, del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital “X”, en las que no figuran fechas ni firmas. b) Informe de alta hospitalaria del mismo centro, de fecha 4 de noviembre de 2008, en el que se consigna “artroscopia”, un diagnóstico de “condromalacia rotuliana. SHRE rodilla dcha.” y un tratamiento quirúrgico consistente en “alerotomía externa con refuerzo alerón interno mediante plicatura en inserción vasto interno una vez comprobada la lateralización en flexión”. c) Informe médico suscrito el 13 de noviembre de 2008 por un médico especialista del Servicio de Traumatología del Hospital “Y”, en el que consta que la paciente es conocida de ese Servicio “por revisiones periódicas”, que “ha sido diagnosticada de condropatía rotuliana de ambas rodillas”, que “hace una semana fue intervenida en el Hospital “X” realizándose liberación del alerón rotuliano externo y plicatura del alerón medial de la rodilla izquierda”, y tratamiento pautado. d) Informe de 28 de mayo de 2009 emitido por un médico del Servicio de Rehabilitación del Hospital “Y”, correspondiente al alta del tratamiento seguido por la paciente desde el 2 de febrero hasta el 5 de mayo de 2009, en el que figura como impresión diagnóstica “dolor e incapacidad para la extensión activa de rodilla derecha, tras cirugía rotuliana”. e) Informe del alta suscrito el 30 de julio de 2009 por un médico especialista en Ortopedia y Traumatología del Hospital “X”, que señala que en esa misma fecha y “tras estudio preoperatorio satisfactorio se realiza liberación del alerón rotuliano externo (FICAT) según técnica artroscópica”.

2. El día 19 de mayo de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica a la reclamante la fecha de recepción de su reclamación en el Principado de Asturias, las normas de

procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa solicitud del Jefe del Servicio instructor, con fecha 24 de mayo de 2010 el director Gerente del Hospital "X" remite una copia de la historia clínica de la reclamante, así como certificación sobre la vinculación con el Sespa de los facultativos intervinientes en el proceso asistencial de la paciente. En ella da fe que la primera especialista en Traumatología que cita, ha prestado sus servicios en el citado centro "hasta su incorporación al Hospital "Z", momento en el que por mutuo acuerdo se dio por concluida la vinculación que en virtud de contrato de arrendamiento de servicios mantenían las partes". Del segundo especialista en Traumatología aclara que "presta sus servicios en el Hospital "Y". En cuanto a la facultativa especialista en Anestesia, reseña que presta sus servicios en el Hospital "X" "en virtud de contrato de arrendamiento de servicios".

En la historia clínica figuran, entre otros, los siguientes documentos: a) Pruebas analíticas registradas el 1 de agosto de 2008, correspondientes al preoperatorio realizado en el Hospital "Y". b) Informe de 21 de octubre de 2008 relativo al estudio "-TC de rodillas"- realizado en un sanatorio privado, que arroja los siguientes hallazgos: "en la rodilla izquierda se aprecia un TAGT de unos 1,3 cm y en la derecha de 1,8. El ángulo troclear en la rodilla izquierda es de unos 142 grados y el de la derecha de 128 grados". c) Hojas de consentimiento informado para "artroscopia y meniscectomía parcial", para "anestesia general" y para "anestesia loco-regional" suscritas, sin que conste fecha alguna, por la interesada y por los respectivos facultativos. d) Hoja de valoración preanestésica, de 24 de octubre de 2008, en la que consta como intervención propuesta "artroscopia rodilla D". e) Hoja de curso clínico. f) Informe de alta hospitalaria, de 4 de noviembre de 2008, descriptivo del tratamiento quirúrgico practicado, consistente en "alerotomía externa con refuerzo alerón interno mediante plicatura en inserción vasto interno una vez comprobada la lateralización en flexión". g) Hojas rubricadas de consentimiento informado para "artroscopia y meniscectomía parcial" (sin datar), para

“anestesia general” y para “anestesia loco-regional”, ambas de fecha 17 de julio de 2009. h) Informe de alta hospitalaria de fecha 30 de julio de 2009, tras intervención realizada ese mismo día ante el diagnóstico de “condromalacia rotuliana dcha.”, consistente en “liberación del alerón rotuliano externo (FICAT) según técnica artroscópica”. i) Formulario de historia clínica general correspondiente a las anotaciones realizadas por un proceso de “cefalea post-punción”, posterior al alta tras intervención, originando nuevo ingreso hospitalario con alta de fecha 3 de agosto de 2009.

4. En atención a lo solicitado, con fecha 27 de mayo de 2010, la Directora Médica del Hospital “Y” remite al Inspector de Prestaciones Sanitarias designado, copia de los informes correspondientes a los Servicios de Traumatología y Rehabilitación existentes en la historia clínica de la paciente obrante en ese centro, del que “fue derivada al Hospital “X” con fecha 3 de julio de 2009 para ser intervenida”.

En relación a los hechos objeto de esta reclamación destacan los siguientes documentos: a) Consentimiento “para artroscopia de rodilla y meniscectomía parcial”, del Servicio de Traumatología y Ortopedia, firmado por la interesada, y en el que consta una etiqueta con fecha de cita “17-06-2008”. b) Solicitud de inclusión de la enferma en la lista de espera quirúrgica del Servicio de Traumatología, registrada de entrada el día 18 de junio de 2008, proponiéndose la intervención “FICAT artroscópico” . c) Informe emitido por el Servicio de Rehabilitación el 10 de marzo de 2009, en el que se explica que la paciente, diagnosticada de condromalacia rotuliana de rodilla derecha, “fue intervenida en el Hospital `X` mediante FICAT más plicadura de alerón rotuliano interno en noviembre de 2008”, se obtuvo una “mala progresión en su recuperación, con dolor e impotencia funcional”, por lo que se solicita una resonancia magnética de esa rodilla “para descartar lesiones articulares o de partes blandas que justifiquen la incapacidad de extensión activa que presenta”. d) Resultado de la resonancia magnética realizada en la que se aprecian “cambios secundarios a cirugía previa por luxación de rótula./

Llamativa condromalacia, objetivándose la existencia de pequeño derrame articular./ Meniscos de señal y morfología conservada sin signos de rotura./ Ligamentos cruzados así como colaterales presentan señal y morfología normal sin signos de rotura y desinserción./ No se evidencian otras alteraciones". e) Informe de alta del Servicio de Rehabilitación de fecha 28 de mayo de 2009, tras tratamiento seguido desde el 2 de febrero hasta el 5 de mayo de ese mismo año. f) Nueva hoja de "consentimiento para artroscopia de rodilla y meniscectomía parcial", del Servicio de Traumatología y Ortopedia, suscrito igualmente por la reclamante, en el que figura una etiqueta con fecha de cita "18-06-2009".

5. Con fecha 10 de junio de 2010, la Directora Médica del Hospital "Y" remite al inspector actuante parte de reclamación del seguro de responsabilidad sanitaria e informe emitido por el médico encargado de Consultas Externas de Traumatología de ese centro, en el que expone que la paciente es conocida en ese Servicio al sufrir "inestabilidad en la rodilla derecha con luxaciones rotulianas frecuentes", diagnosticada como "condromalacia rotuliana grado III-IV" y, "dado el fracaso del tratamiento conservador, se le practicó en "Hospital X", el día 4 de noviembre de 2008, "sección del alerón rotuliano externo con refuerzo del alerón interno mediante artrotomía". Seguida por el Servicio de Rehabilitación, se apreció la existencia de "dolor e incapacidad para la extensión activa de la rodilla derecha", por lo que se solicita una nueva resonancia magnética que revela "llamativa condromalacia rotuliana acompañada de cambios posquirúrgicos". Ante "la persistencia de la sintomatología se propone una revisión quirúrgica", que se realizada el día 30 de julio de 2009 en el mismo centro que la anterior. En ella "se practica una limpieza articular artroscópica de dicha rodilla conjuntamente con una apertura del alerón rotuliano externo mediante bisturí eléctrico", resultando la evolución posoperatoria "adecuada, pudiendo reincorporarse a su trabajo habitual". Finalmente, expone que "unos meses después sufre una recaída que atribuye a movilizar grandes pesos en horario laboral ya que transporta parabrisas" en una

empresa de su ciudad. Se solicitó una resonancia magnética de control que ha objetivado “un discreto derrame articular y la presencia de la conocida condromalacia rotuliana grado III”. Como soporte de lo manifestado se acompañan informes de alta del Servicio de Rehabilitación y de las resonancias magnéticas realizadas.

6. Mediante escrito registrado de entrada en la Administración del Principado de Asturias el día 16 de junio de 2010, la profesional con categoría DUE que presta sus servicios en las Consultas Quirúrgicas del Hospital “X” declara, en relación con la reclamación formulada, que estuvo presente “en todas las consultas de Traumatología” realizadas a la reclamante en ese centro; que en su presencia la doctora que cita “explicó a la paciente (...) la intervención que le iba a ser practicada, la descripción de dicha intervención” y que esta “se realizaría mediante cirugía abierta”; que, a su entender, la enferma “entendió las explicaciones, la técnica a realizar y el alcance de la misma”. Por último, afirma que la interesada “consintió en todo momento que la intervención a realizar se llevase a cabo mediante cirugía abierta”.

7. Con fecha 21 de junio de 2010, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designando al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, detallados y acreditados los hechos alegados, y realizadas las oportunas consideraciones médicas, señala que de la valoración del caso “se desprende que, aunque la paciente se le dio a firmar un documento de consentimiento informado para artroscopia y meniscectomía parcial por tratarse de la técnica inicialmente prevista en el (Hospital “Y”), la traumatóloga que en definitiva la operaría optó por hacerlo por cirugía abierta, informándole detalladamente del procedimiento quirúrgico que a la postre se llevaría a cabo y que se encuentra perfectamente descrito” en el expediente y “ha sido corroborado por la enfermera de consulta, al señalar que la reclamante fue exhaustivamente informada sobre la técnica quirúrgica, que aquella se realizaría a cielo abierto,

que la paciente entendió las explicaciones, la técnica a realizar y su alcance, y que consintió en que la intervención se efectuase en la forma indicada". Por ello, la interesada no puede, sin más, "afirmar que al haber firmado un consentimiento informado para artroscopia y haber sido intervenida mediante cirugía abierta se ha vulnerado la *lex artis*, porque ha quedado acreditado de forma indubitada que conocía el procedimiento al que iba a ser sometida".

Sostiene que "la cirugía propuesta estaba indicada, se efectuó de manera irreprochable desde el punto de vista técnico, con arreglo a los protocolos existentes al efecto" y "contaba con el visto bueno" de la paciente, "siendo esperable, como en toda cirugía abierta, la producción de una cicatriz en la cara anterior de la rodilla". Tanto la persistencia de la clínica como la necesidad de una segunda intervención "no se deben a una praxis profesional inadecuada, sino a circunstancias biológicas de la propia reclamante que escapan del control y previsión de los facultativos intervinientes", pues de los propios informes obrantes en el expediente se objetiva que "la evolución posoperatoria tras la cirugía artroscópica fue favorable y permitió la reincorporación al trabajo de la interesada, cuya posterior recaída se debió a circunstancias derivadas de su actividad profesional". Entiende, por tanto, que la reclamación formulada "carece de fundamento" y debe ser desestimada.

8. Mediante escritos de 5 de julio de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Sepsa y del expediente completo a la correeduría de seguros.

9. El día 4 de octubre de 2010, el Jefe del Servicio instructor remite, también, a la Gerencia del Hospital "X", copia del informe técnico de evaluación, dado que la asistencia sanitaria prestada a la reclamante "lo fue con cargo a ese centro hospitalario". Asimismo, le informa que "en la última reunión de la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil, la compañía aseguradora ha comunicado que esta reclamación se encuentra excluida de cobertura por la

póliza". Por último, le indica que "podrá formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime procedentes" por un plazo de quince días.

10. Con fecha 25 de noviembre de 2010, el Jefe del Servicio instructor remite a la Secretaría General del Sespa carta de exclusión de cobertura de la póliza suscrita entre la compañía aseguradora y el Sespa, relativa a la presente reclamación.

11. Mediante escrito notificado a la reclamante el día 2 de diciembre de 2010, se le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

12. Con fecha 17 de diciembre de 2010, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que se ratifica en los hechos causantes del daño que reclama, "sin que pueda servir como excusa la información facilitada verbalmente a la paciente, según la testigo parcial, subjetiva, interesada y falsa que aporta en el procedimiento administrativo el Sespa", una "enfermera de consulta que en momento alguno estuvo presente en la supuesta información verbal suministrada a la paciente, por otro lado, inexistente", por lo que solicita ser indemnizada en la cuantía interesada.

13. El día 4 de enero de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al entender que "la actuación de los profesionales intervinientes fue en todo momento correcta y conforme a la *lex artis*, lo que implica que la Administración no tenga que responder patrimonialmente porque el resultado no haya sido el querido y esperado" por la reclamante.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de enero de 2011, registrado de entrada el día 28 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo

Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

En cuanto a la legitimación pasiva del Principado de Asturias, reiterando la doctrina formulada en anteriores dictámenes, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado, en virtud de concierto, por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud; siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del

centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda. En el caso ahora examinado, cabe deducir que la atención prestada a la reclamante en el centro hospitalario privado lo ha sido en tanto que beneficiaria del sistema sanitario público y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido. Por ello, a la vista del escrito presentado por la perjudicada, resulta correcta la tramitación del oportuno procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 27 de abril de 2010, habiendo tenido lugar la intervención quirúrgica de la que trae causa el día 4 de noviembre de 2008, lo que podría comportar la prescripción de la acción emprendida. No obstante, con posterioridad a la cirugía, siguió tratamiento rehabilitador hasta el día 5 de mayo de 2009, con secuelas. Por tanto hemos de considerar esta última como el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del

citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, no se ha incorporado el informe del servicio a quien se imputa la modificación de la técnica quirúrgica empleada, para la que no se habría prestado el consentimiento necesario. No obstante, a la vista del resto de los datos e informes obrantes en el expediente, consideramos que cabe alcanzar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto que se nos somete, sin necesidad de retrotraer el procedimiento.

Por último, observamos que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

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

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser

efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Funda la reclamante su pretensión indemnizatoria en la “infracción de la lex artis” que, a su juicio, se habría producido porque “la primera intervención no se ajustó a lo previsto en el consentimiento informado toda vez que la técnica empleada no fue una artroscopia y sí una artrotomía”. Consecuencia de lo que califica como “mala praxis”, se produce “una cicatriz longitudinal derivada de la cirugía abierta practicada”, así como la necesidad de

una nueva intervención, el día 30 de julio de 2009, lo que en definitiva le habría ocasionado “un doble periodo de incapacidad”, permaneciendo de “baja laboral (...) desde el día 15 de octubre de 2009 hasta que (es) dada de alta el día 27 de octubre de 2009”.

A la vista del expediente, resulta acreditado que la paciente fue intervenida en dos ocasiones en la rodilla derecha (la primera de ellas sin resultados satisfactorios), por lo que hemos de considerar acreditada la práctica de una segunda intervención a la que la interesada atribuye parte de los daños. Sin embargo, no existe prueba de los días de baja laboral ni del perjuicio estético que alega.

Dejando a un lado la valoración concreta del daño que, en su caso, habremos de realizar, ha de advertirse que la mera constatación de un daño surgido con ocasión de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento del servicio público.

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

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de

acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Se basan las imputaciones que realiza la interesada al servicio público en la falta de consentimiento informado para una técnica de intervención quirúrgica cuyos resultados fueron insatisfactorios y que causó, según dice, unas secuelas estéticas no deseadas por la reclamante.

Esto nos obliga, en primer término, a delimitar el alcance del consentimiento informado prestado por la interesada y, en segundo lugar, a determinar la existencia de unos daños derivados de la técnica quirúrgica sobre la que, presuntamente, no consta consentimiento. Como hemos indicado en nuestra consideración jurídica cuarta, pese a la inexistencia del informe del servicio afectado, consideramos que existen datos que nos permiten alcanzar un pronunciamiento sobre el fondo.

En el caso concreto que dictaminamos, sostiene inicialmente la interesada que se modificó la técnica quirúrgica para la que había prestado su consentimiento, "toda vez que la técnica empleada no fue una artroscopia y sí una artrotomía". Posteriormente, añade que se le practicó una "cirugía abierta". Pues bien, analizado el expediente comprobamos que la intervención practicada consistió en una "alerotomía externa con refuerzo alerón interno". Tal intervención puede ser realizada, según pudo saber este Consejo tras la

consulta de bibliografía médica básica, mediante tres técnicas quirúrgicas: "cirugía abierta", "percutánea" y "artroscópica". La interesada parece sostener, aunque se expresa de modo confuso, que prestó su consentimiento a una primera intervención mediante el empleo de la técnica artroscópica y que, en realidad, se le practicó una cirugía abierta (que, hemos de aclarar, no es sinónimo de artrotomía).

Los datos que al respecto refleja el expediente resultan igualmente confusos. De una parte, el informe de alta de esa primera intervención refiere haber practicado, mediante "artroscopia", una "alerotomía externa" (folio 12 del expediente), es decir una sección del alerón rotuliano externo, lo que resulta coincidente con la hoja de valoración preanestésica ("intervención propuesta: artroscopia rodilla d.") fechada el día 14 de octubre de 2008, y con la hoja de enfermería quirúrgica (folio 31) que detalla el ingreso del día 4 de noviembre de 2008 "para IQ artroscopia rodilla D.". Sin embargo, en la hoja del curso clínico (folio 22) aparecen varias anotaciones, todas ellas sin fecha, y una de ellas con el siguiente tenor: "1 Ficat a cielo abierto" -sección del alerón rotuliano externo descrita por Ficat en 1970, según la bibliografía referida-, sin que la anotación correspondiente al "quirófano" nos aclare la técnica concreta empleada. Para mayor confusión, se incorpora al expediente un escrito de fecha 11 de junio de 2010, firmado por una "DUE" del hospital, del servicio de Consultas Quirúrgicas, quien refiere haber estado presente en todas las consultas de traumatología de la interesada, y que en el curso de las mismas se le explicó la técnica a emplear -cirugía abierta-, a lo que la paciente prestó su consentimiento. No refleja este informe la fecha de tales consultas, y no encontramos en el expediente la historia clínica o el soporte documental que recoja esas atenciones. Por último, ya hemos señalado que no se ha incorporado al expediente el informe del servicio implicado en la reclamación, informe que aclararía definitivamente esta cuestión. No obstante, la propuesta de resolución que elabora el servicio instructor considera acreditado que sí se varió la técnica quirúrgica prevista en su momento, y que la intervención se realizó mediante cirugía abierta.

En relación con esta cuestión, hemos de destacar que la interesada suscribe en realidad dos documentos de consentimiento informado. El primero de ellos en el Hospital “Y”, con ocasión de una cita el día 17 de junio de 2008 (folio 93 del expediente). En él muestra la paciente su conformidad a una “artroscopia de rodilla y meniscectomía parcial”, cuyo propósito principal es la “extirpación o regularización de menisco”, valorando en el acto quirúrgico “el grado de lesiones degenerativas y la posible regularización de las mismas”. Pero además, se indica expresamente en el documento firmado por la interesada que “si en el momento de la intervención surgiera algún imprevisto, el equipo médico podrá variar la técnica quirúrgica programada”. Con posterioridad, se deriva a la paciente al centro privado donde finalmente se practica la intervención, y en dicho centro vuelve a suscribir un documento de consentimiento informado (folio 33), en el que igualmente se indica que “si en el momento del acto quirúrgico surgiera algún imprevisto, el equipo médico podrá variar la técnica de cirugía programada”. El propio documento de consentimiento informado introduce, por tanto, un elemento de flexibilidad en torno a la técnica finalmente utilizada. Por tanto, sin necesidad de valorar cual fue la concreta información verbal que se le habría suministrado -que la interesada niega haber recibido-, lo cierto es que consistió, en dos documentos suscritos en momentos diferentes, que la técnica quirúrgica podría variarse, e incluso el detalle concreto de la cirugía. En definitiva, siendo preciso el objeto del consentimiento prestado en torno al “propósito principal de la intervención” (que consiste, como hemos dejado expuesto, “en la extirpación o regularización del menisco lesionado”), no cabe alcanzar el mismo grado de certeza en relación con la técnica quirúrgica finalmente empleada.

En todo caso, incluso demostrada la inexistencia de consentimiento para la práctica de la cirugía abierta, no existe la vinculación que la interesada afirma entre la falta de este consentimiento y el fracaso de intervención practicada como criterio de imputación de responsabilidad a la Administración. Como en cualquier otra intervención quirúrgica, no se puede garantizar el resultado, como los propios documentos que la interesada suscribió reflejan, al advertir de

posibles complicaciones, entre ellas “rigidez articular”, “dolor residual” y “molestias residuales que pueden obligar al paciente a modificar su actividad”.

Por ello, considera este Consejo Consultivo que la reclamación debe ser desestimada, y ello con independencia de cuál haya sido la técnica quirúrgica finalmente empleada, dado que sólo cabría apreciar la existencia de responsabilidad en el caso de que se hubiera infringido la *lex artis ad hoc* en el curso de la intervención quirúrgica. Sin embargo la interesada, a quien incumbe la carga de la prueba de la existencia de tal infracción, pretende que se considere acreditada una mala praxis médica por el hecho mismo de no haber obtenido los resultados esperados, lo que obligaría a entender que existe una responsabilidad objetiva por resultado, concepción que ya hemos rechazado. La interesada no aporta prueba alguna que permita sostener la infracción de la *lex artis* en la intervención quirúrgica y no cabe que nosotros la apreciemos con la mera falta de los resultados apetecidos. Al contrario, los informes incorporados al expediente permiten sostener que la intervención se realizó de modo correcto, de acuerdo con el canon asistencial señalado y, en tal supuesto, incluso la constatación de una modificación de la técnica quirúrgica empleada carece de relevancia a efectos de la reclamación interesada, teniendo en cuenta la literalidad de los consentimientos firmados por la paciente.

En último término, cabría añadir que la supuesta falta de consentimiento informado acarrearía la existencia de responsabilidad patrimonial si efectivamente se produce un daño directamente derivado de la técnica empleada, al margen de su adecuación a la *lex artis*. Sin embargo, no se ha probado la causación de daño alguno en esa primera intervención, y por ello la técnica quirúrgica empleada resultaría indiferente, a salvo, claro está, de que se pudiera apreciar una diferencia significativa en la cicatriz quirúrgica como consecuencia de las diferentes técnicas empleadas, aspecto este que en ningún caso ha quedado acreditado por la reclamante.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.