

Expediente Núm. 138/2018
Dictamen Núm. 183/2018

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión extraordinaria por procedimiento escrito del día 16 de agosto de 2018, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 18 de mayo de 2018 -registrada de entrada el día 24 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias, formulada por, por los daños que atribuye a una artroscopia de rodilla de la que tuvo que ser reintervenido.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 17 de noviembre de 2017, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de una cirugía artroscópica por rotura de menisco que considera que no se ejecutó adecuadamente, pues un año y medio más tarde se le detectó la misma dolencia y tuvo que ser reintervenido.

Expone que tras ser diagnosticado de rotura de menisco interno de la rodilla izquierda en el Hospital “X” fue derivado, “con objeto de agilizar la

pobladísima lista de espera”, al Hospital “Y”, donde fue intervenido el día 15 de diciembre de 2015. Al persistir sus dolores en la rodilla, el 13 de julio de 2017 acude de nuevo al Hospital “X”, donde se le practica una resonancia magnética y se “advierde que el menisco interno lo tengo exactamente igual que antes de la operación”, por lo que tuvo que someterse nuevamente a cirugía el 3 de octubre de 2017 en el referido centro.

Reclama los daños materiales y morales ocasionados “como consecuencia de una mala praxis médica”.

Acompaña a su reclamación una copia del escrito dirigido a la Dirección del Hospital “X”, fechado el 20 de julio de 2017, en el que expone su caso y solicita preferencia para la segunda intervención quirúrgica.

2. Mediante oficio de 29 de noviembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

En el mismo oficio le requiere para que proceda a la cuantificación económica del daño.

3. El día 7 de diciembre de 2017, el interesado presenta un escrito en el que alude a su situación familiar y a la “profunda depresión” que le provocó el episodio, cuantificando el daño sufrido en cincuenta mil euros (50.000 €).

4. Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, se incorporan al expediente los informes remitidos por el Hospital “Y” y el Hospital “X”, así como una copia de la historia clínica del perjudicado obrante en ambos centros.

En el informe librado por el especialista del Servicio de Traumatología del Hospital “Y”, fechado el 27 de diciembre de 2017, se indica que el paciente es derivado por el Hospital “X” con el “diagnóstico de artrosis medial de rodilla izquierda y rotura de menisco interno degenerativo que se regularizó mediante artroscopia”, resultando “estadísticamente normal la persistencia de clínica

dolorosa en la zona, como consta en el consentimiento informado, en paciente de 66 años (...) con una rotura degenerativa”, y existiendo “dos opciones quirúrgicas”, la “artroscopia paliativa” y la “prótesis de rodilla”. Se añade que la intervención “fue de regularización artroscópica del menisco interior, y dado el pinzamiento medial no es indicada una meniscectomía total, manteniendo en lo posible función amortiguadora, como realizamos en la mayoría de las artroscopias./ En mi opinión, si se hubiera hecho una meniscectomía más agresiva la evolución dolorosa y artrósica seguramente hubiera sido peor”.

En el informe elaborado por la Directora Médica del Hospital “Y” se reseña que el paciente aporta un estudio de resonancia magnética expresivo de que “se trata de una rotura en el seno de un menisco con profundos cambios degenerativos”, y que es informado de “los riesgos típicos y específicos” de la intervención, entre los que figura, “en pacientes con lesiones degenerativas asociadas (artrosis, por ejemplo), persistencia o incremento de las molestias propias de tal patología”. Tras la operación “acude el 28 de diciembre de 2015 a revisión de cura de herida quirúrgica con la enfermera, que registra en la hoja de curso clínico (...) `buen aspecto y clínicamente bien. Tiene muchos problemas para venir a Le explico que el (doctor) tiene consulta el 27 de enero y que si tiene cualquier duda o problema que nos llame para pedir cita. Le está siguiendo su (médico de Atención Primaria´, por lo que causa alta en nuestro centro este día”, y “no nos consta que posteriormente el paciente se haya puesto en contacto con el facultativo responsable ni con el hospital”. Se concluye que “se trata de un menisco con profundos cambios degenerativos y rotura del cuerpo posterior, se realiza la regularización del tercio medio y posterior subtotal, de manera que se elimine hasta la rotura. La parte del cuerno posterior, debido a su estado clínico previo, sufre una rotura dos años después; circunstancia que es totalmente probable en un paciente cuyo diagnóstico clínico refiere unos cambios degenerativos importantes”. Se acompaña copia del diagnóstico inicial del Hospital “X”; del documento de consentimiento informado para la artroscopia; del informe de alta rubricado el 15 de diciembre de 2015 por el traumatólogo que le atiende, en el que consta que “se le realiza bajo anestesia locorregional artroscopia de rodilla izquierda comprobando malacia III de rótula, condilo y platillo medial. Rotura compleja

de 1/3 medio y posterior del menisco interno que se regulariza”, y de la hoja de curso clínico en la que se recoge la anotación del 28 de diciembre de 2015.

En el informe suscrito por el especialista que le atiende en el Hospital “X”, de 12 de enero de 2018, se constata que el 3-10-2017 “se interviene realizándose una artroscopia de rodilla izquierda; en la misma se aprecia una rotura del cuerno posterior del menisco interno y se realiza una meniscectomía parcial./ El 2-11-2017 (...) refiere no tener dolores”. Se observa que “la cirugía meniscal es conservadora, trata de respetar al máximo el tejido sano y se reseca únicamente el dañado. Se trata de conservar la mayor cantidad de menisco para que siga ejerciendo sus funciones./ En los estudios de resonancia se aprecia que en la primera, realizada en el 2015, comprometía al cuerpo y cuerno del menisco interno. La de 2017 afecta solo al cuerno posterior del menisco interno./ En la evolución de la enfermedad puede volver a romperse el cuerno posterior del menisco y estar en similar situación clínica que antes de operarse”.

5. Con fecha 17 de marzo de 2018, y a instancia de la entidad aseguradora, emite informe una asesora médica. En él reitera que las opciones quirúrgicas eran la artroscopia paliativa y la prótesis de rodilla, y que “no se realizó una resección completa del cuerno posterior del menisco interno, solo se hizo una resección parcial, regularizándolo para mantener su función amortiguadora y mejorar la evolución dolorosa y artrósica”.

Puntualiza que se trata de “un paciente de edad avanzada con cambios degenerativos y artrosis en desarrollo, con una rotura degenerativa del menisco interior,” y que tras la intervención “consulta año y medio después por dolor en rodilla izquierda. Se realiza RM que objetiva nueva rotura degenerativa del cuerno posterior del menisco interno”, razonándose que “la cirugía meniscal es conservadora, intentando respetar al máximo el tejido sano para que siga ejerciendo su función amortiguadora. La resección completa por lo tanto puede llevar a una peor evolución de la artrosis (...). En la evolución de la enfermedad puede volverse a romper el cuerno posterior del menisco en el que persisten los cambios degenerativos y estar en similar situación clínica que antes de operarse”.

Concluye que toda la actuación fue conforme a la *lex artis*.

6. Mediante oficio notificado al interesado el 27 de marzo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

No consta en este que se hayan presentado alegaciones en el plazo concedido.

7. Con fecha 7 de mayo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al asumir el criterio de los diversos informes incorporados al expediente. En ella incide en que “en año y medio se puede producir una nueva rotura degenerativa del menisco que ocasione de nuevo clínica similar”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de mayo de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según 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, de conformidad con 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 17 de noviembre de 2017, habiéndose manifestado los hechos de los que trae origen -el estado del menisco intervenido en situación similar a la preoperatoria- con ocasión de la resonancia magnética realizada el 13 de julio de 2017, por lo que es claro que se acciona dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo 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.- Reclama el interesado el resarcimiento de los daños sufridos “como consecuencia de una mala praxis médica” en la cirugía artroscópica de su rodilla practicada en 2015, que queda de manifiesto un año y medio después cuando las pruebas de imagen muestran “que el menisco interno lo tengo exactamente igual que antes de la operación”.

La Administración asume la realidad de un daño, y la documentación clínica aportada acredita los padecimientos asociados a la lesión de la rodilla, que no se supera definitivamente tras la primera intervención quirúrgica, por lo que ha de considerarse probado un perjuicio, sin descender ahora a su origen o etiología.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el perjuicio alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel 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 el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el supuesto planteado el interesado se limita a denunciar -con marcada vaguedad y sin soporte pericial alguno- una "mala praxis médica" en la ejecución de la artroscopia de su rodilla. No aísla ni justifica la infracción de la *lex artis* invocada, pues considera que la mala praxis se evidencia al detectársele la misma dolencia por la que había sido intervenido -rotura de cuerno de menisco interno- un año y medio después de aquella cirugía. A la vista de su reclamación, cabe deducir que el perjudicado sugiere que la artroscopia no se le practicó correcta o efectivamente, por lo que la clínica que se objetiva más tarde no responde a una lesión sobrevenida, sino a la misma rotura por la que aparentemente había sido operado.

Frente a esa conclusión, desprovista de otro soporte distinto al hecho de la parcial coincidencia entre las lesiones detectadas en 2015 y en 2017, la documentación clínica obrante en el expediente deja constancia de la

efectividad de la intervención y de la mejoría del paciente, y todos los informes técnicos incorporados a aquel -frente a los que el reclamante nada opone en el trámite de audiencia- coinciden en apreciar que se produjo una "nueva rotura degenerativa del menisco", razonándose puntualmente por los especialistas que en la evolución de la enfermedad -máxime ante un paciente de edad avanzada y artrosis en desarrollo, con una rotura degenerativa del menisco- puede volver a romperse el cuerno posterior del menisco en el que persisten los cambios degenerativos y estar en similar situación clínica que antes de operarse. Consta en las actuaciones que es intervenido el día 15 de diciembre de 2015 ("rotura compleja de 1/3 medio y posterior del menisco interno que se regulariza"), y que acude el día 28 del mismo mes a revisión de cura de herida quirúrgica, registrándose en la hoja de curso clínico "buen aspecto (...). Le explico que el (doctor) tiene consulta el 27 de enero y que si tiene cualquier duda o problema que nos llame para pedir cita", sin que el perjudicado regrese al servicio hospitalario manifestando síntomas de rotura de menisco hasta el mes de julio de 2017, transcurrido ya un año y medio. Asimismo, en el informe elaborado por el especialista que le atiende en el Hospital "X" se constata que "en los estudios de resonancia se aprecia que en la primera, realizada en el 2015, comprometía al cuerpo y cuerno del menisco interno. La de 2017 afecta solo al cuerno posterior del menisco interno", por lo que la lesión no es la misma. En suma, debe concluirse, tal como se recoge en el informe elaborado por la Dirección Médica del Hospital "Y" -cuyo criterio se reitera en los sucesivos- que "se trata de un menisco con profundos cambios degenerativos y rotura del cuerpo posterior, se realiza la regularización del tercio medio y posterior subtotal, de manera que se elimine hasta la rotura. La parte del cuerno posterior, debido a su estado clínico previo, sufre una rotura dos años después; circunstancia que es totalmente probable en un paciente cuyo diagnóstico clínico refiere unos cambios degenerativos importantes".

Desechado el error u omisión que se denuncia, debe observarse que no se objetiva a lo largo de lo actuado infracción alguna de la *lex artis ad hoc*. Todos los informes médicos obrantes en el expediente así lo aprecian, coincidiendo en que las opciones quirúrgicas eran la artroscopia paliativa y la prótesis de rodilla, habiéndose acudido acertadamente a una resección parcial

del cuerno posterior del menisco, regularizándolo para mantener su función y mejorar la evolución dolorosa y artrósica, pues la cirugía meniscal es conservadora, intentando respetar al máximo el tejido sano para que siga ejerciendo su función amortiguadora.

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no se acredita ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelándose que los padecimientos sufridos son consecuencia de una patología abordada con los medios terapéuticos disponibles, sin que quepa suplantar el parámetro de la *lex artis* por el de una obligación de resultado.

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.