

Expediente Núm. 218/2019
Dictamen Núm. 29/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de febrero de 2020, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 3 de septiembre de 2019 -registrada de entrada el día 6 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye a una mala elección de la prótesis de rodilla.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 16 de noviembre de 2018, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias- por los daños y perjuicios que atribuye a la asistencia recibida en un hospital público.

Expone que el 4 de octubre de 2017 fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital para "la implantación de una prótesis de rodilla izquierda", optando los servicios médicos "por una unicompartmental".

Considera que se ha producido una "mala elección de la prótesis, ya que habida cuenta de que presenta -y también al tiempo en el que fue intervenida- artrosis en toda la rodilla la prótesis que debió colocarse fue una (...) completa en vez de la hemiprótesis o prótesis unicompartmental (...), apta únicamente cuando el desgaste de la rodilla solo afecta a uno de sus lados, lo que no era el caso, pues las pruebas diagnósticas evidenciaban artrosis bicompartimental". Afirma que esta situación "solo puede intentar paliarse sustituyendo la prótesis que le fue implantada hace tan solo un año por otra completa, con todo lo que de ello se deriva (...); situación esta que es consecuencia de un anormal funcionamiento del servicio público que ha causado un daño" que la reclamante "en modo alguno tiene la obligación de soportar".

La interesada fija la cuantía de la indemnización que solicita en sesenta mil euros (60.000€), "como resarcimiento de la cojera que presenta (...), de la necesidad de sustitución de la prótesis (...), del daño moral que supone tener que someterse a una nueva intervención, con lo que ello implica, y asumir la incertidumbre de la eficacia de la segunda intervención -lo que dependerá del daño que se cause al tejido con la retirada de la prótesis anterior-, así como los efectos que esa segunda intervención puede tener sobre la necesidad de implantación de nueva prótesis con el transcurso del tiempo habida cuenta de la edad de la dicente en la actualidad".

Adjunta, entre otra documentación, diversos informes clínicos, el resultado de una resonancia magnética de rodilla y el informe pericial elaborado por un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, con fecha 30 de octubre de 2018, en el que se hace constar el estado actual de la paciente.

2. Mediante oficio de 3 de diciembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía una copia

de la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

3. Con fecha 8 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios -20 de noviembre de 2018-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Previa petición formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III le remite el 24 de enero de 2019 un CD que contiene una copia de la historia clínica de la paciente relativa al proceso de referencia y un informe del Servicio de Traumatología. En este último se explica que, "dada la edad de la paciente, 58 años en ese momento, se decide programarla para una artroplastia unicodílea de rodilla, cuya técnica es mucho más meticulosa pero los resultados funcionales son mejores". Añade que en la última revisión "la paciente refería molestias en la rodilla", pero que en la radiografía "se aprecia una buena alineación de la rodilla, un perfecto posicionamiento de la artroplastia y ningún pinzamiento del compartimento externo".

5. Obra incorporado al expediente el informe pericial elaborado a instancias de la compañía aseguradora por tres especialistas en Traumatología y Cirugía Ortopédica el 8 de abril de 2019. En él, tras exponer el curso clínico de la paciente, se formulan una serie de consideraciones médicas sobre la artrosis de rodilla, exponiendo las opciones quirúrgicas y refiriéndose en especial a la artroplastia unicompartmental. A continuación se analiza la adecuación del tratamiento quirúrgico dispensado a la paciente en relación con su patología, y se señala que "cuando se implantó la prótesis se comprobó que la rodilla presentaba integridad ligamentosa y que no existían lesiones cartilaginosas en

el compartimento externo. Este hecho explica que, dada la edad de la paciente, la sintomatología clínica en ese momento y que el deterioro articular se encontraba en el compartimento interno el especialista decidiera realizar una artroplastia unicompartmental de la rodilla. La indicación quirúrgica es correcta". Se añade que la artroplastia unicompartmental "deja más reservorio óseo permitiendo ante el progresivo deterioro posterior de la articulación implantar una prótesis total. Este hecho es importante especialmente en pacientes jóvenes, como es el caso del (...) analizado". En cuanto al acto quirúrgico, se afirma que "el manejo y actuaciones son correctas".

6. Concluida la fase de instrucción del procedimiento, el 17 de junio de 2019 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El 18 de ese mismo mes, comparece esta en las dependencias administrativas para examinar el expediente y se le entrega un CD que contiene una copia de los documentos de que consta hasta la fecha.

El 8 de julio de 2019, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que aduce que "en el mes de octubre de 2015 la rodilla izquierda (...) ya padecía gonartrosis bicompartimental, con osteofitos marginales bilaterales en ambas interlíneas articulares, con desaparición casi completa del cartílago en ambas facetas patelares". Añade que "escasos seis meses después de la intervención quirúrgica" el estudio radiológico evidencia "dismetría y genu valgo", y que un año después presenta "claudicación, con valgo de rodilla izquierda", por lo que debe someterse a una nueva operación, "lo que no sería necesario" si se "hubiese optado por la colocación de una prótesis completa". Considera que nos encontramos ante un "supuesto de mala praxis por parte del facultativo que decidió la colocación de un tipo de prótesis que no era la adecuada para la patología degenerativa que presentaba".

Finalmente, manifiesta que "el consentimiento informado (...) no desvirtúa, y mucho menos minimiza, la responsabilidad del médico".

7. Con fecha 8 de agosto de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que en el presente caso “la asistencia fue correcta y adecuada a la *lex artis*. La indicación de prótesis unicompartmental de rodilla fue correcta, dado el estado de la rodilla y la edad de la paciente. Aunque la reclamante refiere molestias, la exploración física y las pruebas son normales”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de septiembre de 2019, 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, 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 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP),

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.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

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 interesada cuestiona la idoneidad de la prótesis de rodilla que se le colocó en la intervención a la que fue sometida el 4 de octubre de 2017 en el Hospital Con fecha 10 de octubre de 2017 cursa alta con traslado a la Fundación Hospital, indicándosele revisión el 16 de noviembre de ese mismo año. Sin embargo, esta consulta se pospone hasta el día 30 de noviembre de 2017, fecha en la que acude a revisión refiriendo “molestias”. En consecuencia, tomando como referencia esta última fecha, en la que se objetivan los primeros síntomas del daño por el que se acciona, se concluye que la reclamación presentada el 16 noviembre de 2018 ha sido formulada 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 “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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se interesa una indemnización por los daños que la reclamante atribuye a una mala praxis en la elección de la prótesis de rodilla que se le colocó en un hospital público.

Según consta en la documentación remitida, la interesada fue intervenida de artroplastia unicompartmental de rodilla izquierda en octubre de 2017. Tal y como se recoge en las notas de progreso, en la primera revisión ya refiere molestias (noviembre de 2017), acudiendo al Servicio de Urgencias del hospital el 18 de enero de 2018 por "sensación de calambres en dicha rodilla", siendo diagnosticada de "gonalgia izquierda". En consecuencia, queda acreditada la realidad de un daño derivado de la actuación del servicio sanitario, si bien algunos de los conceptos por los que se reclama -como los asociados a "tener que someterse a una nueva intervención"- no pueden ser considerados, en cuanto que no se objetiva en lo actuado la invocada necesidad de sustituir la prótesis implantada.

Acreditada la realidad de un padecimiento subsiguiente a la cirugía, hemos de recordar que 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*.

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 es criterio de este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 285/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, el reclamante 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 caso que nos ocupa la interesada sostiene que las molestias que padece en la rodilla son consecuencia de una "mala elección de la prótesis",

puesto que se le debió colocar “una prótesis completa en vez de la hemiprótesis o prótesis unicompartimental (...), apta únicamente cuando el desgaste de la rodilla solo afecta a uno de sus lados, lo que no era el caso, pues las pruebas diagnósticas evidenciaban artrosis bicompartimental”. En apoyo de sus imputaciones aporta el resultado de una resonancia magnética de rodilla, realizada el 9 de octubre de 2015, en la que se evidencia la existencia de “irregularidad de los cartílagos a ese nivel en relación con gonartrosis bicompartimental”. Sin embargo, debe repararse en el expresivo silencio que guarda al respecto el informe del especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología que se acompaña al escrito de reclamación, que se circunscribe a la descripción del estado actual de la paciente y nada aporta sobre una mejor alternativa a la prótesis elegida.

En torno al nudo de la controversia, el médico responsable del Servicio de Traumatología del Hospital razona que en la exploración realizada a la paciente el 5 de abril de 2017 -seis meses antes de la intervención- se advierte “dolor en compartimento interno de rodilla izquierda”, y en la radiografía se observa “pinzamiento de compartimento interno y cambios degenerativos en el compartimento externo”. No obstante, “dada la edad de la enferma, 58 años en ese momento, se decide programarla para una artroplastia unicondílea de rodilla, cuya técnica es mucho más meticulosa pero los resultados funcionales son mejores”. Esta decisión se mantiene en el acto quirúrgico al comprobarse “la integridad ligamentosa y el estado del cartílago del compartimento externo, no apreciándose lesiones”. Según estos hallazgos, y a criterio de los tres especialistas en Traumatología y Cirugía Ortopédica que suscriben el informe pericial elaborado a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, “la indicación de artroplastia unicompartimental está justificada”.

La conveniencia de colocar una artroplastia unicompartimental frente a una artroplastia total de rodilla también es avalada por estos cirujanos ortopédicos. Las ventajas de la primera opción respecto a la segunda es que se ha observado “menos morbilidad perioperatoria y mayor amplitud de

movimientos”, así como la menor incidencia de “complicaciones del mecanismo extensor” o de “infección periprotésica profunda”. También indican que es una “cirugía menos invasiva y con menos riesgos de complicaciones que una prótesis total”. Además, la artroplastia unicompartmental “deja más reservorio óseo permitiendo ante el progresivo deterioro posterior de la articulación implantar una prótesis total. Este hecho es importante especialmente en pacientes jóvenes, como es el caso del (...) analizado”.

En cuanto a los hallazgos de la prueba de imagen en la que se basa la reclamante para fundamentar sus imputaciones, el referido informe explica puntualmente que son “hallazgos patognomónicos de artrosis pero no cuantifican el grado de artrosis existente en los diferentes compartimentos siguiendo las clasificaciones de Ahlbäck y/o Kellgren-Lawrence”, que “orientan al grado de afectación articular de los distintos compartimentos de la rodilla y determinan la indicación quirúrgica y qué compartimentos deben ser reemplazados”. Esto es, en esta enferma existía “artrosis de los dos compartimentos, pero en distinto grado de afectación”, focalizándose en el “compartimento interno”. Por tanto, “con la edad de la paciente (59 años), y entendiendo que la artroplastia unicompartmental es un tratamiento aceptado y utilizado en el momento actual, la indicación quirúrgica es correcta”. Insisten en que la artroplastia unicompartmental de rodilla “es una cirugía más exigente pero menos agresiva que la artroplastia total, y en los casos de deterioro significativo de un compartimento respecto al otro su implantación es una opción a considerar. La indicación quirúrgica es correcta”.

Estas consideraciones no han sido desvirtuadas por la reclamante, que no aporta ninguna evidencia científica que avale su tesis de una incorrecta elección de la prótesis, ni constata, más allá de su propia afirmación, el vínculo causal entre la prótesis implantada y el daño cuyo resarcimiento se impetra.

En efecto, por un lado, la propia entidad del daño reclamado queda relativizada al constatarse por el Servicio sanitario implicado, en su informe de 23 de enero de 2019, que aunque la paciente reitera “molestias en la rodilla” en la radiografía se observa “una buena alineación” de la misma, “un perfecto

posicionamiento de la artroplastia y ningún pinzamiento del compartimento externo”, y que en la exploración física “no se aprecian disimetrías y la movilidad de la rodilla es de 0º de extensión y 100º de flexión”, lo que contraría la invocada necesidad de la reclamante de sustituir la prótesis implantada “por otra completa”.

Por otro, los especialistas que informan a instancias de la compañía aseguradora concluyen que los padecimientos sufridos “no son complicaciones relacionadas con la indicación de la prótesis sino complicaciones secundarias a cualquier sustitución protésica, ya sea unicompartimental o bicompartimental”. En particular, el facultativo que la intervino apunta al genu valgo o la posible disimetría como causas de la claudicación y alteraciones en la pisada referidas por la paciente (folio 18 de la historia clínica). Frente a ello, como hemos señalado anteriormente, nada opone la pericial aportada por la reclamante, que se detiene en la descripción de su clínica actual pero sin relacionarla en absoluto con la prótesis colocada. En definitiva, no se acredita el engarce fáctico entre la *causa petendi* -la elección de una prótesis inadecuada- y las lesiones por las que se reclama, por lo que debe desestimarse la pretensión de responsabilidad deducida.

Debe advertirse que esa quiebra del nexo causal nos aboca aquí al rechazo de la reclamación, y aun en la hipótesis de admitirse como posibilidad la incidencia de la cirugía en el resultado lesivo (“molestias en la rodilla”) el daño no sería antijurídico por cuanto el documento de “consentimiento para prótesis articular del miembro inferior” firmado por la interesada (folio 1 de la historia clínica) contempla la cojera entre los riesgos y complicaciones de la intervención.

A mayor abundamiento, aunque alguno de los perjuicios sufridos pudiera vincularse a la indicación quirúrgica o a su abordaje, se repara en que todos los especialistas que se detienen en el análisis de la sintomatología de la enferma convienen en señalar que la opción por la artroplastia unicompartimental estaba justificada a la vista de las concretas manifestaciones clínicas que presentaba (edad, sintomatología y deterioro articular localizado en el compartimento

interno), sin que el especialista que informa a instancias de la propia interesada lo cuestione, por lo que no se atisba infracción alguna de la *lex artis ad hoc*.

En definitiva, de lo actuado se concluye que los daños reclamados no tienen su origen en la elección de una u otra prótesis y que, aun en la hipótesis de admitirse la incidencia del tratamiento dispensado en el estado actual de la enferma, la lesión consistente en “cojera” no podría reputarse antijurídica por mediar su consentimiento informado, apreciándose respecto al conjunto de los padecimientos que no resulta acreditada infracción alguna de la *lex artis*.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.