



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 7 / 1 9 9 6

La Laguna, a 17 de septiembre de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre la *Propuesta de Resolución del expediente de reclamación de indemnización por daños formulada por D.N.M. (EXP. 45/1996 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, es una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante y la competencia del Consejo para dictaminar, según los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo en relación este último con el art. 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

La propuesta de resolución sometida a Dictamen concluye un procedimiento iniciado el 18 de septiembre de 1995 por el escrito de D.N.M. a consecuencia de los daños cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de Salud.

Los hechos en que se basa la reclamación son los siguientes:

* PONENTE: Sr. Fernández del Torco Alonso.

A D.N.M. se le diagnosticó el 18 de octubre de 1994 una gonartrosis bilateral severa que le obligaba a utilizar bastón y le causaba dolores en ambas rodillas y un genu varo bilateral.

El 18 de octubre de 1994 firma su autorización a la intervención quirúrgica dirigida a implantarle una prótesis total rotatoria en la rodilla izquierda, autorización en la que se expresa que ha sido informada de los posibles riesgos que puede conllevar ese procedimiento médico.

Entre esos riesgos la literatura médica refiere una probabilidad entre el uno y el cinco por ciento de que se produzca una parálisis del nervio ciático poplíteo externo que puede ser transitoria con una recuperación total o parcial, en el transcurso de seis meses, pero que en ocasiones puede ser irreversible.

El riesgo de la lesión del nervio es mayor en el caso de pacientes que presenten elongación de dicho nervio a causa de deformidades óseas en valgo o en flexión, dado que el nervio describe una curva por fuera de la cabeza del peroné para llegar a los dos fascículos del músculo peroneo lateral, aplanándose al pasar entre ellos, lo que separa sus haces y deja expuestos los vasos nutrientes sin protección. Luego describe una curva alrededor del cuello del peroné y se divide en las ramas profundas.

Por ello, la literatura médica recomienda que, siempre que se practique una artroplastia articular total sobre una rodilla con deformidad en valgo o una contractura en flexión severa, se esponga y descomprima el nervio ciático poplíteo externo en el momento de la cirugía, aunque no siempre sirva para prevenir la parálisis.

En resumen, la intervención quirúrgica que se practicó a la reclamante conllevaba la manipulación del nervio ciático poplíteo externo, la cual entraña un riesgo -cifrado en una probabilidad entre el uno y el cinco por ciento de los casos- de que produjera una parálisis del nervio total o parcial irreversible, riesgo que se incrementaba en el supuesto de elongación del nervio por deformidades en valgo o flexión.

El 22 de junio de 1995 fue ingresado en el servicio de traumatología y cirugía ortopédica, y el 23 del mismo mes fue intervenida para implantarle una prótesis total rotatoria cementada de rodilla izquierda, sin que se presentaran incidencias durante la operación.

Como secuelas de la operación la reclamante presenta:

a) una axonotmesis parcial del nervio ciático poplíteo externo izquierdo a la altura de la cabeza del peroné, en fase aguda, que afecta a sus dos ramas motoras.

b) un alargamiento del miembro inferior izquierdo de 1 centímetro debido a la reconstrucción del valgo fisiológico que se logró tras la implantación de la prótesis en rodilla izquierda.

Respecto a la primera lesión no se puede determinar la fecha de su curación ni la determinación del alcance de sus secuelas, ya que la evolución de esa lesión puede ser de años y durante la misma pueden producirse desde curaciones totales hasta lesiones residuales mínimas, precisando controles electromiográficos periódicos cada seis u ocho meses para ir perfilando un pronóstico.

En cuanto a la segunda lesión es reversible, según los informes médicos, mediante la intervención de la rodilla derecha. Además, según el Auto nº 17/1996, de 12 de abril, de la Audiencia Provincial de Las Palmas que confirma el archivo de las actuaciones penales iniciadas por la reclamante contra los facultativos que la atendieron, dicha lesión está asociada en cierto número de casos a la intervención quirúrgica que se le practicó.

III

El fundamento de la responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos se encuentra en los riesgos que éste engendra, de modo que si la comunidad se beneficia de dicho funcionamiento ha de reparar los daños que la concreción de esos riesgos irroga de una manera particularizada, que exceda de los riesgos de la vida social, a uno de sus miembros y que además éste no tenga el deber jurídico de soportar.

En el caso del funcionamiento del servicio público de la sanidad se ha de considerar, por un lado, que se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados.

Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados insatisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los ligados a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

Que todos estos riesgos no son creados por el establecimiento y el funcionamiento de servicios públicos de salud es fácilmente constatable por el hecho de que, aún en el caso de que no se estableciera y funcionara un servicio público de salud y la asistencia médica se confiara en exclusiva al mercado, esos riesgos seguirían existiendo.

En el presente supuesto, el riesgo de que se produjeran las lesiones que ha experimentado no era un riesgo generado por el funcionamiento del servicio de salud, sino por el estado actual de los conocimientos médicos que no puede garantizar al cien por cien que en ese tipo de intervenciones no se produzca una parálisis del nervio ciático poplíteo externo y también por el propio estado patológico de la reclamante que aumentaba la probabilidad de que se produjera ese resultado.

Tampoco existe una negligencia por leve que fuera, porque la decisión de intervenir a la paciente, aceptada por ella, fue conforme a la *lex artis ad hoc*, ya que frente al porcentaje mínimo de riesgo ordinario que presentaba, las ventajas que

ofrecía eran mayores que los perjuicios que hubiera ocasionado la no intervención de esa patología degenerativa que ocasionaba dolores importantes en ambas rodillas y obligaba al uso de bastón para deambular.

Por último, tampoco concurre otro requisito esencial para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial y que consiste en que el daño sea antijurídico. Si existe un título jurídico, una causa de justificación que obligue al perjudicado a soportar el daño no se puede afirmar la existencia de una lesión indemnizable. En el presente caso concurre un título jurídico que impone a la reclamante el deber de soportar el daño: la asunción voluntaria del riesgo al decidir voluntariamente someterse a la operación una vez informada de los riesgos que conllevaba. El consentimiento informado (arts. 10.5 y 9 de la Ley General de Sanidad) constituye uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar los daños derivados de un acto médico correcto. La paciente, en cuanto asumió los beneficios que pudieran derivarse de la intervención quirúrgica, asumió también las consecuencias dañosas de la probable realización del riesgo que comportaba. Constando en el expediente la declaración de la reclamante de que ha sido informada de los riesgos de la intervención y de que la consiente, le corresponde a ella la carga de la prueba de que no fue informada de todos los riesgos o de que no dio su consentimiento (STS de 12 de julio de 1994, Ar. 6730). El consentimiento informado del paciente hace recaer sobre él la carga de soportar los daños que puedan producirse, bien porque el tratamiento es infructuoso, bien porque, aún alcanzando el resultado perseguido, se producen efectos secundarios.

CONCLUSIÓN

El daño experimentado por la reclamante no ha sido causado por la concreción de un riesgo generado por el funcionamiento del Servicio Canario de Salud, ni por una negligencia profesional de sus facultativos. No existe, por tanto, relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio. Además, tampoco es calificable de lesión antijurídica. En consecuencia, procede dictaminar favorablemente la Propuesta de Resolución que desestima su pretensión resarcitoria.