



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 268/2009

(Sección 2ª)

La Laguna, a 9 de junio de 2009.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.A.H., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario. Mala praxis que obligó a la reintervención de la paciente (EXP. 219/2009 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio Canario de la Salud, Organismo Autónomo de la Comunidad Autónoma.

2. La legitimación de la Excm. Sra. Consejera para solicitar el dictamen resulta del art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. La preceptividad del Dictamen resulta del art. 11.1.D.e) de la misma en relación con el art. 12, de carácter básico, del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. La reclamante está legitimada pasivamente porque pretende ser indemnizada en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por un daño personal cuya producción imputa a la Administración pública sanitaria.

4. El Servicio Canario de la Salud está legitimado pasivamente porque a su funcionamiento la reclamante le imputa la causación del daño.

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

5. El escrito de reclamación se presentó el 18 de julio de 2004 por lo que no puede ser calificado de extemporáneo, conforme al último inciso del art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), porque el daño físico por el que se reclama, dolor en la cara externa de la rodilla derecha, no ha cesado.

6. Conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, el cual se ha sobrepasado ampliamente aquí; sin embargo, aun fuera de plazo, la Administración está obligada a resolver expresamente en virtud de los arts. 42.1 y 43.1 y 4.b) LRJAP-PAC.

7. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que impidan un Dictamen de fondo.

II

La paciente padecía una destrucción de la articulación de su rodilla derecha (gonartrosis) por degeneración, envejecimiento o desgaste. La mejor solución terapéutica para esta patología es la colocación de una prótesis total de la rodilla mediante intervención quirúrgica. Esta actuación terapéutica presenta el riesgo de que, en algunas ocasiones, la prótesis con el tiempo por el trabajo deambulatorio se afloje. De este riesgo fue informada la paciente por escrito en el consentimiento informado que firmó.

El 17 de noviembre de 2002, la intervención se realizó satisfactoriamente por cuenta del Servicio Canario de la Salud en un Centro privado concertado donde se le implantó prótesis total de la rodilla derecha.

La paciente se quejaba de dolor en la rodilla intervenida cuya causa achacaba a que le habían dejado en el interior un trozo de drenaje quirúrgico tipo redón. Se le realizaron las siguientes intervenciones médicas:

Artroscopia de rodilla el 10 de junio de 2003.

Artrotomía de revisión el 3 de julio de 2003.

Implante de patela, para descartar la existencia de dolor por esa causa aunque la alineación de la patela era absolutamente normal.

Nueva artrotomía de revisión el 13 de abril de 2004 para extirpar exitosamente la fibrosis rotuliana y la cicatriz fibrosa queloide que habían surgido.

Todas estas intervenciones y exámenes médicos no objetivaron causa patológica para el dolor en la rodilla.

En diciembre de 2004, se detectan indicios de que la porción interna del componente tibial de la prótesis se ha aflojado.

Es intervenida de nuevo por cuenta del Servicio Canario de la Salud en un Centro sanitario privado concertado para sustitución total de la prótesis por una nueva.

Desde la primera intervención, el balance articular y muscular de la rodilla derecha son normales y no se constata la existencia de patología que justifique el dolor del que se queja la paciente. El aflojamiento de la prótesis es un riesgo común a este tipo de intervenciones, riesgo que conocía y aceptó la paciente y cuya plasmación ha sido remediada por la asistencia sanitaria del Servicio Canario de la Salud.

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 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.

En el presente supuesto, el riesgo de que se produjera un aflojamiento de la prótesis 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 se produzca la fijación óptima e irreversible del cuerpo extraño a la estructura ósea que lo recibe. El art. 141.1 LRJAP-PAC establece que no son indemnizables los daños que no se pueden evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia en el momento de producirse aquéllos.

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 su patología.

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. 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) 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, R.J. 1994/6730). 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 la asistencia sanitaria prestada, ni por una negligencia profesional de los facultativos que la realizaron. No existe, por tanto, relación de causalidad entre el daño alegado y la asistencia médica. Además, tampoco es calificable de lesión antijurídica. En consecuencia, procede dictaminar favorablemente la Propuesta de Resolución que desestima su pretensión resarcitoria.