



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 354 / 2015

(Sección 2ª)

La Laguna, a 1 de octubre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.Á.R.P., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 353/2015 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica. La solicitud de dictamen, de 19 de agosto de 2015, ha tenido entrada en este Consejo Consultivo el 2 de septiembre de 2015. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la competencia del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del dictamen, según los arts. 12.3 y 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, este último precepto, con el art. 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

II

1. En el presente asunto se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de M.Á.R.P., al haber sufrido en su persona el daño por el que reclama.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

2. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

4. La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

5. Se cumple, asimismo, el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues la reclamación se ha presentado el 4 de octubre de 2010 respecto de un daño que ha quedado determinado tras intervención quirúrgica realizada el 7 de octubre de 2009, por lo que no ha transcurrido el plazo de un año para reclamar de conformidad dispuesto en el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

6. En el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución es de aplicación la citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, el asimismo citado 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, como regulación básica en la materia, y la regulación del servicio sanitario afectado, básica estatal y de desarrollo autonómico; particularmente la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

III

1. El objeto de la reclamación que nos ocupa, según escrito del interesado, viene dado por los siguientes hechos:

«Primero.- El día 2 de marzo de 2006 se realizó bajo la prescripción del correspondiente facultativo del Servicio Canario de la Salud, una resonancia magnética para determinar origen y características de una lesión de rodilla del reclamante, cuya descripción médica figura detallada en este mismo informe. El paciente fue tratado y se le hizo el seguimiento de la lesión en el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Complejo Hospitalario Materno Insular, en el Hospital Insular. La urgencia y gravedad de la lesión determinaron la intervención quirúrgica de la rodilla, que se efectuó el día 20 de noviembre de 2007.

Segundo.- Ese día 20 de noviembre de 2007 se realizó una artroplastia total de la rodilla afectada, que es precisamente el acto que derivó, por su incorrecta ejecución, en dolor intenso y la aparición de secuelas que se prolongan hasta hoy día, además de la determinación legal de incapacidad total. El documento número nueve es el informe clínico firmado ese mismo día por el Dr. N. Según este documento, la diagnosis posquirúrgica es favorable, “por lo que se da de alta hospitalaria para continuar tratamiento ambulatorio por consultas externas de Traumatología”, con apoyo parcial del miembro afectado y una medicación que figura en el mencionado documento, y que el facultativo estima apropiado.

Tercero.- A fin de seguir lo pautado, el paciente cursó la correspondiente nota de rehabilitación (...). Pero el dolor en la rodilla afectada proseguía, y además la misma no se podía flexionar, por lo que el paciente decidió ir en busca de un dictamen nuevo, haciéndose examinar en el Instituto Canario de Ortopedia y Traumatología en dos ocasiones, ambas con la misma conclusión en cuanto a las complicaciones derivadas de la intervención quirúrgica efectuada casi un año atrás (...). El día 17 de noviembre de 2008, el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, determinó el siguiente diagnóstico: “Prótesis total rodilla derecha con evolución desfavorable”, con las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales:

- Rodilla derecha: deformidad a la inspección con cicatriz quirúrgica medial anterior, normoconstituida.

- Atrofia de cuádriceps con relación contralateral.

Cuarto.- El paciente ejercita su opción a una segunda opinión facultativa, rellenando para ello el correspondiente formulario, el día 14 de noviembre de 2008 (...), lo cual es aceptado cuatro días después por el correspondiente Servicio del Hospital Insular (...). El 25 de noviembre de 2008, el paciente es examinado en la Clínica P.S. con la determinación del siguiente diagnóstico:

“Limitación de la movilidad de la rodilla derecha (50-10 grados)”.

El día 9 de diciembre de 2008, el Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social emitió la Resolución por la cual se declaraba la Incapacidad Permanente en grado de “Total para la profesión habitual”, adjuntando a la misma el informe de bases de cotización para el cálculo de la base reguladora de la correspondiente pensión (...).

Quinto.- Finalmente el paciente fue operado con éxito el 7 de octubre de 2009, estableciéndose un régimen de rehabilitación acertado que ha hecho desaparecer prácticamente el dolor y permitido una ostensible movilidad de miembro afectado. Por tanto, el objeto de esta reclamación lo constituyen los 688 días en que el paciente estuvo impedido. Se señala la conclusión sexta del informe aportado como documento nº veintidós, elaborado al efecto por el Doctor L.N. el pasado 17 de marzo de 2010”

“Considero que las secuelas de la rodilla derecha tras la primera intervención quirúrgica (marcha claudicante, dolor residual y movilidad activa de 40 grados con tope articular) fueron establecidos prácticamente de forma inmediata y se derivan de una anormal posición del componente tibial (implantación del componente tibial en inclinación anterior), lo que fue confirmado mediante los estudios radiológicos realizados justamente tras la 1ª intervención quirúrgica. Se trata de secuelas temporales, perfectamente reversibles y desde el punto de vista médico no se puede justificar un retraso en el tratamiento de dos años (entre la 1ª y la 2ª intervención quirúrgica). Tal y como demuestra la situación clínica actual, el tratamiento quirúrgico debió iniciarse mucho antes, teniendo en cuenta la sintomatología que presentaba el paciente y los estudios radiológicos realizados».

2. En consecuencia, se solicita una indemnización que se cuantifica en 36.601 €, en concepto de los daños consistentes en los 688 días improductivos para proseguir con el trabajo a que estaba dedicado el reclamante antes de la atención médica fallida.

3. Se resolverá vencido con amplitud el plazo resolutorio, aunque proceda resolver expresamente, sin perjuicio de los efectos que esta injustificada dilación comporta (arts. 42.1 y 7, 43.1 y 4.b), 141.3 y 142.1 LRJAP-PAC).

IV

Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones más significativas:

- El 14 de octubre de 2010, se identifica el procedimiento y se insta al interesado a mejorar su solicitud mediante la aportación de determinada documentación. De ello recibe notificación el 20 de octubre de 2010, viniendo a cumplimentar este trámite el 4 de noviembre de 2010.

- Por Resolución, de 8 de noviembre de 2010, de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, se admite a trámite la reclamación del interesado, acordando, asimismo, la remisión del expediente para su tramitación a la Dirección Gerencia del CHUIMI (pues, de conformidad con la Resolución de 22 de abril de 2004, de la Directora del Servicio Canario de la Salud, por la que se le delega competencia, la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Insular Materno-Infantil es competente para la tramitación de este procedimiento y para proponer el correspondiente informe-Propuesta, previa a la formulación por parte de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud de la Resolución que le ponga fin), lo que se hace en la misma fecha. Además, se acuerda la suspensión del procedimiento entre la solicitud y la recepción del preceptivo informe del Servicio. De todo ello es notificado el interesado el 16 de noviembre de 2010.

- El 8 de noviembre de 2010, se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones, que, tras recabar la documentación oportuna, lo emite el 1 de octubre de 2012.

- A efectos de dictar acuerdo probatorio, el 9 de octubre de 2012 se insta el interesado a aportar la documentación adicional que estime oportuno, de lo que recibe notificación el 16 de octubre de 2012.

- El 22 de noviembre de 2012, se dicta acuerdo probatorio, que se notifica al reclamante el 21 de diciembre de 2012, en el que se declara la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes y, puesto que obran ya todas en el expediente por ser documentales, se declara concluso el periodo probatorio.

- El 12 de diciembre de 2012, se confiere al interesado trámite de audiencia, de lo que recibe notificación el 21 de diciembre de 2012, viniendo a presentar escrito de alegaciones el 8 de enero de 2013.

- De todo la documentación anterior da traslado la Dirección Gerencia del CHUIMI a la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud el 15 de enero de 2013.

- A la vista de las alegaciones efectuadas por el interesado, se solicita por el Servicio de Normativa y Estudios informe complementario al Servicio de Inspección y Prestaciones el 6 de junio de 2013, que, tras recabar nuevos documentos, lo emite el 9 de junio de 2014.

- Aquel informe es entregado al interesado en comparecencia personal a instancia suya el 25 de septiembre de 2014, confiriéndole nuevo plazo de alegaciones.

- El 7 de octubre de 2014, el reclamante solicita copia completa del expediente y solicita suspensión del plazo de alegaciones, a lo que se accede mediante escrito de 13 de octubre de 2014, donde se le informa del procedimiento a seguir para obtener copia del expediente. Ello se le notifica el 31 de octubre de 2014.

- El 8 de julio de 2015, se presenta escrito por el interesado instando impulso del procedimiento.

- El 20 de julio de 2015, se emite Propuesta de Resolución desestimatoria de la pretensión del reclamante, y en el mismo sentido consta borrador de Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud, sin fecha, que es informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 28 de julio de 2015, dictándose Propuesta de Resolución definitiva el 3 de agosto de 2015.

V

1. Como se ha indicado, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión del reclamante, lo que se justifica en los términos del informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, al que se refiere la Propuesta de Resolución, el cual, argumenta lo siguiente:

«El reclamante requirió una segunda intervención quirúrgica ante el fracaso de la prótesis de rodilla. Este se define como aquella situación en la que los objetivos principales de la artroplastia no se cumplen y que, se manifiesta por dolor y limitación funcional.

(...)

En nuestro expediente, una vez transcurrido el tiempo adecuado para lograr una buena funcionalidad que no se conseguía, con dolor episódico y limitación en la flexión, se consideró por especialista privado la posibilidad de nueva cirugía el día 17 de octubre de 2008.

El reclamante ha experimentado un daño efectivo, en cuanto que tras la implantación de la prótesis de rodilla se observó un fracaso de la misma y debió ser reintervenido hallando aflojamiento mecánico de componente tibial, según consta en la hoja quirúrgica (folio 131), de dicha prótesis lo que requirió recambio de la misma.

El tiempo transcurrido entre ambas intervenciones quirúrgicas no ha condicionado ni agravación de su proceso ni ha minorado el resultado obtenido como quiera que ha sido satisfactorio. Así se recoge en el informe pericial aportado por el reclamante (folio 41) en el que se señala que tras la segunda intervención el paciente presenta una mejoría sustancial de la sintomatología de la rodilla derecha (...) considero que actualmente no existen secuelas derivadas de la artroplastia de la rodilla derecha".

En el transcurso de dicho tiempo ha influido la decisión del paciente, bien por no acudir durante seis meses a facultativo alguno, público privado bien por posponer voluntariamente la cirugía propuesta, circunstancias que omite deliberadamente.

Le fue reconocida la situación de invalidez permanente total (PT) para su profesión de camarero (Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO-I1) con el epígrafe 5.120). Siendo que la incapacidad laboral va en función de la lesión en relación con el trabajo que desarrolla y que el trabajo especificado conlleva como posición habitual de pie, en constante movimiento, ello permite establecer que la artroplastia total de rodilla que no evolucionó satisfactoriamente ocasionó la determinación de dicha incapacidad

No obstante, la situación de incapacidad permanente total no es definitiva siendo revisable y susceptible de mejoría como finalmente ha resultado. Dadas las mejores condiciones actuales se propondría de oficio una revisión de dicha calificación.

(...)

En resumen, se emite informe desfavorable, comoquiera que el propio reclamante abandona temporalmente la asistencia que se le ofrecía, prolongando por

causa ajena al Servicio público de salud el tiempo para ser intervenido quirúrgicamente”.

No ofrece duda razonable que la intervención de 20 de noviembre de 2007 no obtuvo un resultado satisfactorio al necesitar de una segunda intervención, pero esta situación no es suficiente para admitir, en este caso, la responsabilidad de la Administración, ya que para ello es necesario que se evidencie la concurrencia de funcionamiento inadecuado del servicio sanitario, el cual no se acredita.

A todo lo expuesto cabe recordar que es la propia actitud del reclamante la que incide de forma notable en el retraso de la segunda intervención».

2. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 141.1 LRJAP-PAC).

3. Sentado lo anterior, deben distinguirse en la reclamación dos aspectos. Por un lado, la realización de la primera intervención quirúrgica, a la que imputa el interesado el daño por el que se reclama, y, por otro lado, el retraso en la realización de la segunda intervención quirúrgica, que supondría la curación del paciente.

3.1. Como bien señala el interesado en su escrito de alegaciones, de 8 de enero de 2013, “el objeto de la reclamación se centra en la operación inadecuadamente ejecutada el 21 de noviembre de 2007, realizándose una artroscopia total de la rodilla que resultó fatal”.

Sin embargo, la Propuesta de Resolución no se pronuncia sobre la adecuación o no a la *lex artis ad hoc* de la asistencia sanitaria relativa a aquella intervención, limitándose a referir las argumentaciones al periodo de tiempo transcurrido entre la primera intervención y la segunda, cuyo objeto era enmendar los resultados de la primera. No obstante, la propia Propuesta de Resolución afirma: “El reclamante ha experimentado un daño efectivo, en cuanto que tras la implantación de la prótesis de rodilla se observó un fracaso de la misma y debió ser reintervenido hallando aflojamiento mecánico de componente tibial, según consta en la hoja quirúrgica (folio 131), de dicha prótesis lo que requirió recambio de la misma”.

A ello se añade, además: “No ofrece duda razonable que la intervención de 20 de noviembre de 2007 no obtuvo un resultado satisfactorio al necesitar de una segunda intervención, pero esta situación no es suficiente para admitir, en este caso, la responsabilidad de la Administración, ya que para ello es necesario que se evidencie la concurrencia de funcionamiento inadecuado del servicio sanitario, el cual no se acredita”.

Pues bien, se hace preciso analizar la documentación obrante en el expediente en orden a concluir si fue o no conforme a la *lex artis* la primera intervención, para, tras ello, analizar la segunda parte de la reclamación, que es la relativa a la cuantificación del daño, para lo que sí es relevante el tiempo transcurrido entre la primera y la segunda intervención, pues es el tiempo en el que el interesado cuantifica el daño sufrido como consecuencia del primer proceso asistencial.

Ciertamente, reconoce la Propuesta de Resolución el fracaso de la intervención quirúrgica realizada el 20 de noviembre de 2007, si bien señala que no se ha acreditado que ello sea imputable al funcionamiento inadecuado del servicio sanitario.

Sin embargo, aunque consta el consentimiento informado del paciente previo a la intervención de 20 de noviembre de 2007 respecto a una eventual transfusión de sangre, no consta que se haya firmado consentimiento informado por el paciente respecto a la propia intervención quirúrgica, ni se acredita por los servicios sanitarios que el paciente hubiera sido informado del riesgo de la intervención, que se concretaría en el daño efectivamente sufrido y por el que se reclama.

Sí consta, sin embargo, tal consentimiento, respecto de la segunda intervención quirúrgica, de recambio de la prótesis instaurada el 20 de noviembre de 2007.

En consecuencia, procede comenzar recordando que el consentimiento informado constituye una garantía que se impone a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente, por lo que su ausencia o insuficiencia tiene relevancia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Cabe señalar que sobre esta materia es de aplicación la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de carácter básico, reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que actualiza la regulación contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (modificada por Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y por la Ley 26/2011, de 1 de agosto) en observancia de las previsiones del Convenio relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina de 4 de abril de 1997. Entre los principios básicos que enuncia la ley en su art. 2, figura la exigencia, con carácter general, del previo y preceptivo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, "que debe obtenerse después del que el paciente reciba una información adecuada", y que "se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley" (apartado 2).

Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10,

al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1).

Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 8 prevé que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”, y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito. Como excepción se permite llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente sin necesidad de su consentimiento en supuestos tasados (art. 9.2) (...).”.

En el presente caso, dado que no consta el consentimiento informado en el expediente de la intervención quirúrgica realizada el 20 de noviembre de 2007, debe concluirse que no es conforme a la *lex artis ad hoc* la actuación médica.

Al respecto, es consolidada la jurisprudencia que concluye que la inexistencia o defecto del consentimiento informado se considera incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, y así se señala, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1997, 3 de octubre de 2000, 14 de octubre de 2002, 26 de febrero de 2004 y 20 de abril de 2005. En ellas se determina, precisamente, que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*, siendo un presupuesto y parte integrante de ella, por lo que su prestación inadecuada o, lo que es más grave, su omisión, lo que ha ocurrido en este caso, implica una mala *praxis*, ya que, al no informar al paciente de manera específica, sobre la intervención médica y sus riesgos, por parte del médico, se está incumpliendo una de sus obligaciones de medios, generando su incumplimiento, en caso contrario, responsabilidad de sufrir daños.

De ello se deriva el hecho de que, no habiendo consentimiento válido, puede afirmarse que el paciente no tiene que soportar los riesgos no asumidos. Por esta razón, debe concluirse que la Administración ha adoptado la decisión por sí misma y, por ello, debe asumir las consecuencias del acto médico no consentido por el paciente.

3.2. Ahora bien, ello nos lleva a la segunda parte de la reclamación del interesado, que es respecto de la que la Propuesta de Resolución incorpora una

adecuada argumentación sobre el periodo de incapacidad por el que el reclamante, efectivamente, debe ser indemnizado.

Y es que si bien la primera intervención no se realizó conforme a la *lex artis*, el retraso en la segunda, que corregiría la primera, liberando al paciente del dolor y limitación generados por la primera, se demoró por causas imputables al propio reclamante, que abandonó por largos periodos de tiempo la asistencia sanitaria del Servicio Canario de la Salud, lo que implicó la imposibilidad del mencionado Servicio para valorar el fracaso de la intervención realizada el 20 de noviembre de 2007 y, por tanto, indicar una segunda.

Así pues, la Propuesta de Resolución, expone:

«Tal y como informa el Servicio de Inspección y Prestaciones en su informe complementario (folios 125 a 131) “tras la primera cirugía y finalizadas las sesiones de rehabilitación en el Hospital Insular, el reclamante no se presenta a la cita de control de fecha 13 de diciembre de 2007 en dicho centro (según consta en el registro informático del Servicio de Admisión consultado).

Así se informa también por el Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria (folio 132):

“(…) El día 20/11/2007 fue intervenido en el Servicio mediante una artroplastia total de rodilla, modelo Nexgen.

El postoperatorio cursa sin incidencias graves, por lo que es dado de alta a su domicilio el día 03/12/2007, con informes e inclusiones, debiendo acudir a consultas externas el día 13/12/2007 para retirar puntos y valoración del estado de la rodilla operada, debiendo seguir con las sucesivas consultas hasta su alta definitiva. Fue citado en varias ocasiones pero el paciente no acudió a las mismas.

Consta acreditado en el expediente y así lo informa el Servicio de Inspección y Prestaciones (folio 125) “Siguió controles en servicios ajenos, con la MATEPSS A., recibiendo tratamiento rehabilitador y sometido a revisiones por parte del médico generalista así como por el Dr. J.R., médico especialista en traumatología consta:

09.01.08: “Paciente que lleva dos meses operado de prótesis de rodilla izquierda que en la exploración actual presenta la extensión completa a una limitación de la flexión en 100°. El estudio radiológico presenta una prótesis bien. Le indico continuar las sesiones de fisioterapia para conseguir la flexión completa”.

17.03.08: "Presenta una limitación de la flexión de unos 100°. Se le indica valoración por parte del Dr. N. para valorar la existencia de un tope en el tipo de prótesis que le está produciendo dicha limitación (para el tiempo que lleva 118 días) ya tenía que tener una movilidad completa. Creo que va a ser una incapacidad total para su trabajo habitual".

La artroplastia total de rodilla conlleva un periodo de incapacidad de 150 días, inherentes al procedimiento practicado prótesis de rodilla (p81.54) descrito según los estándares. Se define el tiempo estándar de incapacidad como el "tiempo medio óptimo que se requiere para la resolución de un proceso clínico que ha originado una incapacidad para el trabajo habitual, utilizando las técnicas de diagnóstico y tratamiento normalizados y aceptadas por la comunidad médica asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria del trabajador".

Excluyendo los procesos urgentes, es a partir de ese momento cuando podría plantearse la posibilidad de revisión quirúrgica.

El referido informe continúa exponiendo:

"Ello es así porque después de la intervención de prótesis total de rodilla se presentan molestias en la zona de la intervención, debidas a la cirugía y a la adaptación de los músculos de la zona. Estas molestias se pueden prolongar durante algún tiempo o bien hacerse continuas. En la cirugía aunque se suelen corregir las deformidades angulares de la pierna, dicha corrección puede ser incompleta o mayor de lo deseado, puede existir también limitación de la movilidad de la articulación, de flexión y/o de extensión. Al implantar la prótesis pueden producirse variaciones en la longitud del hueso, y desequilibrio de los tejidos blandos, lo que puede originar limitación funcional del miembro. Por otra parte, tras la intervención se deben realizar ejercicios de movilización de la rodilla y caminar con bastones con o sin apoyo de la pierna, según las circunstancias. La fuerza muscular se recupera parcialmente cuando el dolor desaparece. La movilidad de la articulación suele mejorar, aunque el grado de recuperación depende de lo rígida que estuviera antes de la intervención».

Al respecto, consta acreditado que todo ello se llevó a cabo por el paciente, si bien a través de la Mutua A. y no del Servicio Canario de la Salud.

Continúa la Propuesta de Resolución, citando el referido informe:

«Por todo lo cual, una vez observado el tiempo prudencial para alcanzar una funcionalidad adecuada y no lograrse, el Dr. R., traumatólogo de la Mutua aconseja la necesidad de valoración por el Dr. N., médico que le intervino en la primera cirugía para comprobar si existen problemas o no con la prótesis, lo que es absolutamente correcto.

A pesar de ello, desde marzo de 2008, no demanda asistencia sanitaria ante el Servicio Canario de la Salud para atención por Traumatología, ni consta atención en urgencias y ante su médico de cabecera acude exclusivamente a recoger los partes de confirmación, sin otras manifestaciones referidas a dolor limitación o molestias.

Seis meses después con carácter privado, el 26 de septiembre de 2008 es valorado por el Instituto Canario de Ortopedia y Traumatología (ICOT) por presentar dolor en rodilla y estancamiento en la movilidad. El 17 de octubre se le sugiere por el traumatólogo Dr. R.P. la intervención quirúrgica consistente en artroplastia de revisión. Se considera artroplastia de revisión precoz aquella que se realiza antes de dos años desde la implantación de la prótesis.

La cirugía de revisión de una artroplastia de rodilla es necesaria cuando una prótesis ha fallado lo que habitualmente se traduce clínicamente como dolor, rigidez e incapacidad funcional. La causa más frecuente de fracaso protésico es el aflojamiento mecánico. Los signos radiológicos definitivos son la migración del componente protésico o el movimiento protésico.

El 17 de octubre de 2008 teniendo cita programada en traumatología del Hospital Insular, NO se presenta a la misma (según consta en el servicio de Admisión). El 20 de octubre de 2008 formula entonces solicitud de entrevista personal con el Dr. C., o Dra. G.M., facultativos del Servicio de cirugía ortopédica y traumatología del Hospital Universitario Insular de Gran Canaria, sin objeción alguna por parte del Dr. N., quien le había operado en primera instancia. Desconocemos si se llevó a cabo la citada entrevista y con qué efectos.

Así mismo solicitada segunda opinión facultativa para el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín en la fecha 14 de noviembre de 2008.

Inicia asistencia sanitaria con cargo al Servicio Canario de la Salud en la Clínica P.S. el 25.11.08 y tras las pruebas practicadas (Gammagrafía en el Hospital Universitario Insular el 1.12.08 y analítica a través de su médico de cabecera) en la fecha 13 de enero de 2009 desde dicho centro sanitario P.S. se solicita autorización a

fin de proceder al recambio protésico por limitación en la flexión (40°) y dolor ocasional.

En la radiografía ap y lateral en carga de la rodilla se observa: "Ausencia de 7° de flexión en el componente tibial y suponemos que es la causa del déficit de movilidad".

Por el Servicio Canario de la Salud en la fecha 19 de enero de 2009 se autoriza la revisión quirúrgica y recambio de la prótesis articular de la rodilla derecha.

En fecha 27 de enero de 2009 es citado y valorado y se indica la práctica de pruebas preoperatorias par el día 02.02.09 siendo la fecha prevista para intervención quirúrgica el día 11 de febrero de 2009.

El paciente no acude a las citaciones y manifiesta que demora la intervención hasta octubre por problemas de trabajo (circunstancia extraña comoquiera que era perceptor de prestaciones INEM) incidencia que se recoge en el programa informático de IT.

Finalmente es intervenido quirúrgicamente (el 7 de octubre de 2009) observando aflojamiento mecánico de la prótesis y procediendo al recambio de la misma. Aflojamiento es el problema mecánico más frecuente tras la implantación de una prótesis. Produce dolor, y si el aflojamiento es importante puede ser necesario sustituir la prótesis por otra, como en este caso. El aflojamiento aséptico pudo haberse ocasionado por inestabilidad de los ligamentos y de las partes blandas y/o por mal posición o mal alineamiento de los componentes protésicos».

Acreditados estos datos, nos hallamos ante una intervención quirúrgica realizada el 20 de noviembre de 2007 por el Servicio Canario de la Salud, de la que recibió alta hospitalaria el paciente el 3 de diciembre de 2007, momento a partir del cual su desconexión con el Servicio Canario de la Salud impidió determinar el fracaso de la intervención, el seguimiento del paciente y la valoración de una reintervención.

Por su parte, se justifica el transcurso de los 150 días siguientes a la primera intervención por los informes emitidos en este procedimiento al señalar:

«La artroplastia total de rodilla conlleva un periodo de incapacidad de 150 días, inherentes al procedimiento practicado prótesis de rodilla (p81.54) descrito según los estándares. Se define el tiempo estándar de incapacidad como el "tiempo medio óptimo que se requiere para la resolución de un proceso clínico que ha originado una incapacidad para el trabajo habitual, utilizando las técnicas de diagnóstico y

tratamiento normalizados y aceptadas por la comunidad médica asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria del trabajador”.

“Excluyendo los procesos urgentes, es a partir de ese momento cuando podría plantearse la posibilidad de revisión quirúrgica”».

Sin embargo, tal proceso es argumentable en relación con una operación cuyo riesgo de posible reintervención conociera y consintiera el paciente, lo que no ocurrió en este caso.

Por todo lo expuesto, como ya se indicó en relación con el objeto mismo de la reclamación, el fracaso de la primera intervención quirúrgica ocasiona un daño antijurídico al carecer el proceso asistencial del exigible consentimiento informado del paciente, cuyo nexo de causalidad se encuentra en el servicio prestado por la asistencia sanitaria del Servicio Canario de la Salud, defectuosamente prestado por la ausencia de tal consentimiento, pero sin llegar a probarse que la intervención quirúrgica fuera defectuosa en sí misma, por cuanto las complicaciones y necesidad de una cirugía de revisión de la prótesis son riesgos típicos de este tipo de intervenciones, tal y como consta en el documento de consentimiento informado de la segunda intervención, correctora de la primera, realizada en octubre de 2009.

Sin embargo, no es posible cuantificar la indemnización en los términos pretendidos por el reclamante, pues su desvinculación con el Servicio Canario de la Salud tras la intervención quirúrgica impide determinar cuál hubiera sido el devenir de la atención recibida una vez determinado el fracaso de la intervención de 20 de noviembre de 2007, y, por tanto, cuándo se hubiera realizado la segunda intervención. Tampoco puede llegarse a la conclusión, a la vista de la documentación obrante en el expediente, que de haber continuado el afectado con la rehabilitación y seguimiento por el servicio de Traumatología en el Servicio Canario de la Salud, desde diciembre de 2007 hasta septiembre de 2008 (9 meses), se hubiera llegado a adelantar sustancialmente la decisión de tener que someterse a una cirugía de revisión de prótesis, necesidad que fue detectada, precisamente, por traumatólogo privado al que estaba acudiendo el afectado y cuya autorización por el Servicio Canario de la Salud sólo se produjo una vez que el paciente solicitó una segunda opinión médica en centro concertado con el Servicio Canario de la Salud. Por otra parte, ciertamente, tras la segunda opinión médica y haberse fijado fecha de la segunda intervención para el 11 de febrero de 2009, la demora producida hasta que efectivamente se produjo la misma el 7 de octubre de 2009, es imputable al propio

reclamante, por lo que dicho periodo, en todo caso, no puede ser computado a efectos de la pretendida responsabilidad.

En consecuencia, el daño, a falta de cualquier otra valoración cierta, debe determinarse por una cantidad a tanto alzado que implique una compensación al paciente por los daños sufridos como consecuencia de la vulneración de la *lex artis* por ausencia de consentimiento informado en la primera intervención realizada el 20 de noviembre de 2007, y que, además del dolor y limitación que le supuso dicha intervención sin ser informado de los riesgos a los que se exponía en caso de existir complicaciones, como finalmente sucedió, exigió el sometimiento a una segunda operación de recambio de la prótesis implantada inicialmente. Por lo tanto, procede una indemnización, de acuerdo con los criterios de equidad y ponderación fijados por el Tribunal Supremo para supuestos similares en caso de ausencia o defectuoso consentimiento informado (SSTS de 4 de junio de 2013, que cita otras muchas, entre ellas la de 18 de julio de 2007), de 15.000 euros en concepto de daño moral, pues, siendo cierto que el paciente abandonó la asistencia sanitaria pública durante el periodo al que imputa el daño, también lo es que sufrió el daño alegado, sin abandonar en ningún momento sus demandas de curación, su seguimiento reglado de rehabilitación o requerimiento de segunda opinión médica, todo lo cual acredita la persistencia del dolor, limitación y su afán de curación.

Dicha cantidad se ha de actualizar a la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento, conforme dispone el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta Resolución no es conforme a Derecho, debiendo estimarse parcialmente la reclamación, en los términos indicados en el Fundamento V de este Dictamen.