



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 3 4 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 27 de noviembre de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 500/2018 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 11 de noviembre de 2016, a instancia de (...), por la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Nuestra Señora de Los Reyes de Valverde y el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria.

2. La reclamante solicita una indemnización por responsabilidad patrimonial sanitaria de 48.695,82 euros, por entender que la intervención quirúrgica a la que se sometió en su rodilla no sólo no solucionó su problema sino que lo empeoró, dejando evolucionar la lesión que padecía.

La cantidad solicitada determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

de las Administraciones Públicas (LPACAP), normativa esta última aplicable porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma. Igualmente, resulta de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de 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, modificada por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de medidas tributarias, financieras, de organización y relativas al personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

A la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, conforme a la resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos del SCS.

II

La interesada, en su reclamación inicial expone, entre otros, los siguientes extremos:

- El 21 de agosto de 2015, (...) ingresa en Urgencias del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSDC) por dolor en rodilla derecha e impotencia funcional desde hace una semana y media, sin traumatismo previo. Acudió a su médico de atención primaria (MAP) que le pautó ibuprofeno y diazepam, pero la sintomatología ha ido en aumento.

- Se realiza exploración física y radiografía en rodilla y no se observa patología ósea aguda. Se diagnostica meniscopatía vs tendinitis y se le remite al Servicio de Traumatología.

- El Servicio de Traumatología le diagnostica probable menisco interno de rodilla izquierda. Se le solicita resonancia magnética. A la vista de su resultado (folio nº 2), se le practica intervención quirúrgica el día 12 de noviembre de 2015 consistente en meniscoseptomía artroscópica. Recibe el alta por evolución favorable.

- El 17 de noviembre de 2015, acude al traumatólogo para revisión y le indica tratamiento rehabilitador.

- Tras tres meses de rehabilitación, persiste el bloqueo articular, por lo que se solicita nueva RMN para averiguar su causa. El 7 de marzo de 2016, se realiza la prueba. A la vista de su resultado (folio nº 2) el especialista le indica que pese a detectarse lesión meniscal bilateral era necesario dejarla evolucionar, remitiéndola nuevamente al servicio de rehabilitación.

- Tras el tratamiento de Rehabilitación, la paciente empeora. Se le realizan dos infiltraciones, una en marzo y la otra en junio de 2016. La paciente no mejora. El facultativo, a la vista de las dos resonancias realizadas (1 de septiembre de 2015 y 7 de marzo de 2016) observa que la paciente continúa con las mismas dolencias que tenía antes de la intervención y además empeora teniendo ahora, además, osteonecrosis de 10mm.

- El 31 de octubre de 2016, le fue diagnosticado "entesopatis púbica" (sic), dolencia causada como consecuencia del empeoramiento de sus padecimientos, debido a que tras la operación, la paciente deambula con muletas y realiza sobreesfuerzo para desplazarse.

Por todo lo anterior, la interesada reclama indemnización por responsabilidad patrimonial del SCS, dado que la intervención a la que se sometió no sólo no solucionó su problema sino que lo empeoró, dejando evolucionar la lesión que padecía.

III

1. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

- Tras la presentación de la reclamación el 11 de noviembre de 2016, con fecha 23 de noviembre de 2016 se notifica a la interesada requerimiento de subsanación y

mejora de la reclamación formulada y el 25 de noviembre y 13 de diciembre de 2016, se aporta documentación e información al respecto.

- Mediante Resolución 15 de diciembre de 2016, se admite a trámite la reclamación, y se solicita informe al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), a la vista de la historia clínica de la paciente y de los informes preceptivos correspondientes. Dicha resolución se notifica a la interesada el 22 de diciembre de 2016.

- Se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución, emitiéndose en particular el informe del Servicio que atendió a la paciente, concretamente el Servicio de Traumatología, así como el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP).

- Con fecha 13 de junio de 2018, la interesada presenta escrito solicitando el impulso procesal y cuantifica la indemnización en la cantidad de 48.695,82 euros.

- El 10 de julio de 2018, se dicta Acuerdo Probatorio admitiendo las pruebas documentales propuestas por las partes. El 12 de julio de 2018, se notifica a la interesada dicho acuerdo.

- Asimismo, el 12 de julio de 2018 se le notifica también trámite de Audiencia, a fin de que en el plazo de diez días hábiles pueda acceder al expediente, retirar la documentación que precise y formular las alegaciones que estime convenientes.

- El 20 de julio de 2018, el representante de la interesada comparece en las dependencias del Servicio de Normativa y Estudios de la Secretaría General del SCS, accede al expediente y retira copia del mismo. Finalmente, el 24 de julio de 2018, presenta escrito de alegaciones en el registro auxiliar de la Secretaría General del SCS (folios n.º 239 y ss)

- Conforme a lo dispuesto en el artículo 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, los Servicios Jurídicos únicamente informarán sobre cuestiones que no se hayan resuelto previamente. Es por lo que, en ese caso, procede la petición de informe preceptivo a la Asesoría Jurídica Departamental. El informe jurídico se emite el 14 de agosto de 2018 por la letrada habilitada del Servicio Jurídico.

- Con fecha 21 de septiembre de 2018 se formula Propuesta de Resolución por el Secretario General del Servicio Canario de la salud, por la que se desestima la reclamación formulada.

2. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (art. 21.2 y 91.3 LPACAP), sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

3. No se aprecia que se haya incurrido en deficiencias formales en la tramitación del procedimiento que, por producir indefensión a la interesada, impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

IV

1. Para el adecuado análisis de la Propuesta de Resolución, debemos señalar, como se detrae de la historia clínica de la paciente, relacionada en el informe del SIP de 6 de julio de 2018, los antecedentes que han dado origen al procedimiento que nos ocupa:

- El 21 de agosto de 2015, la paciente de 58 años, ingresó en Urgencias del Hospital Ntra. Sra. de los Reyes, por dolor en rodilla izquierda e impotencia funcional, sin traumatismo previo, con rotación de la rodilla. Antes, había acudido a su médico de Atención Primaria, quien le pautó ibuprofeno y Diazepan.

- Se le realiza exploración física y se pauta radiografía y en la que se observa afectación aguda y pinzamiento discreto del menisco en rodilla izquierda. Diagnóstico: Meniscopatía versus Tendinitis severa de la triada de la pata de ganso. Es remitida al Servicio de Traumatología.

- En el Servicio de Traumatología se le diagnostica probable lesión de menisco interno de rodilla izquierda con gonalgia y cadera en resorte. Se solicita resonancia magnética (RMN) y se pauta tratamiento: Ibuprofeno y vendaje compresivo.

- La RMN de 1 de septiembre de 2015 concluye: Condropatía rotuliana grado III, artropatía fémorotibial moderada, grado III con desgarro intrasustancial del cuerpo posterior del menisco interno; lesión grado II intrasustancial del cuerpo posterior del menisco externo; Distensión grado I o lesión inflamatoria cápsulo ligamentosa interna y derrame articular moderado.

- El 12 de noviembre de 2015, se practica intervención quirúrgica consistente en: Meniscectomía Artroscópica, concrectomía motorizada de regularización con sinoviotomo del compartimento interno. Dada la evolución favorable, la paciente recibe el alta hospitalaria el mismo día.

- El 17 de noviembre de 2015, acude al traumatólogo para revisión y le indica tratamiento rehabilitador. Tras tres meses de rehabilitación, persiste el bloqueo articular por lo que el Traumatólogo solicita RMN de control.

- El 7 de marzo de 2016, se realiza la RMN, en (...), el resultado: Condrotía rotuliana grado III. Artropatía Patelar moderada. Osteonecrosis de 10mm bajo cresta tibial. Lesión grado III o desgarro en resto meniscal posterior del Menisco Interno y grado II del Cuerno Anterior del Menisco Externo (CAME) y alteración I-II intrasustancial del mismo. Derrame articular moderado, sin lesión de ligamentos colaterales (prácticamente igual que la RMN realizada el 1 de septiembre de 2015, salvo por la presencia Osteonecrosis).

- El Traumatólogo concluye que la evolución ha sido tórpida y manifestó que existía inflamación con discreta sinovitis e insuficiencia del cuádriceps (por parvedad del movimiento) usando muletas para la marcha.

- El 20 de abril de 2016, la paciente solicita una segunda opinión al servicio COT del HUNSC, quien la valora el 7 de septiembre de 2016.

- El 13 de septiembre de 2016, es atendida por el Servicio de Reumatología del HUNSC, quien concluye: Artropatía degenerativa que, ya le había sido diagnosticada desde 2011, estando por ello en seguimiento.

- El 31 de octubre de 2016, acude a Urgencias del Hospital Ntra. Sra. de Los Reyes, por presentar pubalgia (dolor en pubis). En la exploración se detecta dolor en epigastrio a nivel sínfisis del pubis. La ecografía practicada no detectó signos sugerentes de patología aguda. El traumatólogo de guardia diagnosticó: Entesopatía púbica. Se le pauta tratamiento y recomendaciones y se le vuelve a citar para control el 11 de noviembre de 2016.

2. En dicho informe, el SIP hace las siguientes consideraciones:

«1.- Por el procedimiento quirúrgico descrito en el Informe de Alta de fecha: 12-11-2015 conocemos que la paciente presentaba:

Mínima rotura del 1/3 medio del Menisco Externo, Condrotía fémoro-tibial, grado II-III, (Condromalacia rotuliana/patelar) y Artrosis compartimento externo rodilla.

Se procedió (12-11-2015) a Meniscectomía parcial, Condrectomía motorizada de regularización con Sinoviotomo (sinovectomía) de compartimento externo zona femoral y del fémoro-patelar de ambas carillas de la patela.

Tratamiento al Alta:

-Clexane 40/24 h subcutánea/10 días.

-Ibuprofen 600 mg 1/6h, vía oral

-Paracetamol] 1gr/8h

-Omeprazol 40mg /12h, vía oral

Medidas Generales:

-Hielo local 3-4 veces al día

-Deambulacion sin apoyo en la extremidad inferior, mejor con la ayuda de bastones, durante al menos 2 semanas.

-Puede flexionar la rodilla lo que permita el vendaje. Pierna en alto siempre que esté sentada. Realizar tonificación del cuádriceps durante 5 minutos de cada hora del día que esté despierto, levantando la pierna a pulso, estando tumbado, fortaleciendo así, dicha musculatura.

-Movilizar continuamente la articulación del tobillo.

-Revisión el día 17-11-15 en consulta de Traumatología según cita adjunta que se le entrega.

2.- Consideramos, que la Condromalacia rotuliana o síndrome de dolor femoropatelar, es una lesión degenerativa que afecta al cartílago de la superficie articular de la rótula.

En las personas mayores las enfermedades degenerativas, como la Artrosis, son las responsables del desgaste del cartílago articular y su degeneración sobreviniendo la Condromalacia. La incidencia de esta patología es mayor en mujeres que en hombres.

3.- Por lo que se refiere a la Osteonecrosis, aclaramos, que la mayoría de pacientes con Osteonecrosis espontánea son mujeres, y la etiología suele ser idiopática. Claro está, en la paciente del caso que nos ocupa su estudio, ésta era subsidiaria de Artrosis que estaba degenerando el cartílago articular de la rótula (Condromalacia/Condropatía) y además padecía una lesión meniscal. Todo ello le producía una gonalgia intensa con bloqueo articular, lo que propició la propuesta a la paciente -por parte del Servicio de Traumatología del Hospital Nuestra Señora de Los Reyes, de Valverde, El Hierro-, de Meniscectomía, Condrectomía del cartílago degenerado y Sinovectomía (12-11-2015), con la finalidad de rendir el dolor y mejorar el bloqueo articular y, por tanto, la deambulacion. Previamente, la

paciente firmó el documento jurídico de Consentimiento Informado en el que se indicaba la posibilidad de que la paciente pudiera continuar con el dolor.

4.- Respecto de la Entesopatía púbica -también conocida por Pubalgia o Entesitis pubiana- indicamos que es el resultado de un proceso inflamatorio que afecta el área donde los ligamentos o tendones se fijan al hueso (entesis). Este proceso puede fomentar calcificación o dosificación anormal del tendón o el ligamento en el sitio de inserción en el hueso.

Todo ello produce sintomatología dolorosa (Pubalgia) que es referida -en este caso- a la zona del pubis, en la encrucijada pubiana.

Varios son los factores que pueden producir una Pubalgia: (...)

Conocemos que la paciente padecía de Artropatía (artrosis) degenerativa lumbar, además de en otros lugares de su sistema músculo-esquelético, lo que conllevaría a un déficit de movilidad de la articulación coxo-femoral. Estos factores predispondrían a la paciente al padecimiento de una Pubalgia».

3. Finalmente, concluye el SIP en el citado informe, lo siguiente:

«1.- En las dos resonancias realizadas (1-09-2015 y 07-03-2016) -colegimos que salvo la huella quirúrgica- se observaron prácticamente las mismas dolencias, pero ahora, además, se visualizó: una Osteonecrosis de 10 mm. El Médico Traumatólogo señaló, por ello, una evolución post-quirúrgica tórpida y planteó a la paciente -con buen criterio y dada la evolución tórpida de la cirugía- una actitud expectante, siendo necesario para ello realizar ejercicios isométricos, ingerir medicación para el dolor y, pasado un tiempo prudencial, valorar la posibilidad de realizar o no, una nueva Artroscopia. De modo que, se le pautó infiltración. Primero con Celestone y Mepivacaína; y el 27-05-2016 -tras mejorar del dolor y la inflamación- se ejecutó infiltración con Ácido Hialurónico. Se le realizaron dos sesiones de infiltración: una en marzo y otra en junio de 2016.

2.- Sin embargo, la paciente solicitó una segunda opinión al Servicio COT del HUNSDC de Tenerife, en fecha: 20-04-2016.

3.- En el Servicio COT de HUNSDC, en fecha: 07-09-2016 -5 meses después- indicó: Degeneración y rotura de ambos meniscos y Osteonecrosis de 1 cm (10 mm).

Constatamos que también el Servicio COT del HUNSDC -consultado por la señora reclamante, en segunda opinión- y a la vista de la patología observada, valoró a la paciente 5 meses después, ya que obviamente coincidiría con la actitud expectante planificada por el Servicio de Traumatología del Hospital Herreño.

4.- La paciente es remitida al Servicio de Reumatología del HUNSDC quien la asiste el 13-09-2016. Constatamos que la paciente estaba en seguimiento por Reumatología, desde el año 2011, por cuadro poliarticular factor reumatoide positivo que impresionaba de cuadro

mecánico-degenerativo de artropatía autoinmune de predominio en manos y rodillas. En la asistencia y valoración del 13-09-2016 el Servicio de Reumatología abunda y amplía el diagnóstico de: Artropatía degenerativa benigna (artrosis) de predominio en manos y esqueleto axial (lumbar) leve-moderada, con radiculopatía lumbar secundaria L4-L5-S1.

5.- El conjunto de las patologías de la rodilla izquierda -de las que la paciente era tributaria-, más la necesaria intervención quirúrgica para tratar de mitigar el dolor estarían en la base de la Osteonecrosis -bajo la cresta tibial de la rodilla izquierda-, observada en la RMN (post- quirúrgica) de fecha: 07-03-2016. La Osteonecrosis observada en la RNM era de: 10 mm; medida ésta en la que también sería coincidente el Servicio COT del HUNSDC, puesto que señaló una Osteonecrosis de 1cm (10 mm=1cm).

6.- A tenor de los síntomas y signos detectados en la paciente en el momento de su asistencia, valoración, exploración y pruebas complementarias en el Servicio de Traumatología del Hospital Nuestra Señora de Los Reyes, de Valverde, Gerencia de Los Servicios Sanitarios del Área de Salud de El Hierro, y en consonancia con todo ello, se concluye un diagnóstico y se pauta el tratamiento a seguir (tanto médico como quirúrgico). Entendemos que tal decisión fue la acertada, ajustada a la clínica, y en función de la sintomatología dolorosa que refería la paciente en el momento de su atención.

7.- Por lo observado en el expediente debe inferirse que no se han vulnerado las buenas prácticas médicas en el curso de la atención otorgada y, por lo tanto, la actuación dispensada a la paciente debe calificarse de: Correcta.

(...)

V

1. Como se ha señalado de suso, la Propuesta de Resolución desestima la pretensión de la reclamante, considerándose que no se aprecia relación causal entre los daños alegados y la actuación del SCS, habiéndose actuado en cada momento con diligencia y corrección y atendiendo a lo que en cada momento requería la situación de la paciente, justificándose todo ello en el informe del Servicio de Traumatología del HUNSC, de 5 de octubre de 2017, de lo cual, según la citada Propuesta, cabe concluir lo siguiente:

«- Que la paciente padecía, desde antes de someterse a la intervención, una EDA, que hace que se desplace en silla de ruedas. (Asistió a Urgencias el 21 de agosto de 2015, en silla de ruedas). Tras la intervención reclama por el empeoramiento de su estado, alegando, entre otros extremos, los daños generados por el sobreesfuerzo que le supone la deambulación en muletas. No parece que exista un empeoramiento desplazándose en silla de ruedas- antes de

la intervención- y deambulando con muletas- tras la intervención-, sin perjuicio del sobre esfuerzo que éstas conlleven.

- El traumatólogo, apunta a la EDA que padece y al tratamiento prolongado con Metrotexato como posibles causas de la osteonecrosis que padece. Por lo que, dicha osteonecrosis no guarda relación causal con la intervención, objeto de reclamación.

- En cuanto a la actitud conservadora y expectante del traumatólogo tras la intervención, es la usual en estos casos. La paciente, de 60 años, tiene una lesión degenerativa del menisco y el principal interés es conservarlo en la mayor porción posible. El SIP en su informe de 6 de julio de 2018, coincide en apreciar el buen criterio del traumatólogo que, tras observar una evolución tórpida de la cirugía, mantiene una actitud expectante, recomendando la realización de ejercicios isométricos, y medicación para el dolor. Una vez pasado un tiempo prudencial, valorará la posibilidad de realizar o no, una nueva Artroscopia. También se le realizan dos infiltraciones, en marzo y junio de 2016, a fin de atenuar el dolor que sufría.

- Respecto a la pubalgia que alega la paciente, ésta está relacionada con la artrosis degenerativa que padecía, lo que conlleva a un déficit de movilidad de la articulación coxo-femoral. Este factor predispone a la paciente a la Pubalgia».

2. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictamen 303/2018, de 29 de junio), 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. 34.1 LRJSP).

3. Como fundamento fáctico de su reclamación la interesada alega que como consecuencia de su dolencia en la rodilla izquierda (condropatía rotuliana), fue intervenida de menisectomía artroscópica y se queja de que tras la intervención y el tratamiento rehabilitador no mejoró sino que empeoró, con persistencia del bloqueo articular y con "dolor que sufría la misma todo el día [que le impedía y aun le impide, realizar las actividades cotidianas y el descanso nocturno (...)]", debiendo deambular con muletas, cuando antes de someterse a la operación no precisaba las mismas. Asimismo, considera que la osteonecrosis detectada tras la segunda resonancia magnética que se le realizó es consecuencia de esa primera intervención. Igualmente considera que la entesopatía púbrica que padece ha sido causada a consecuencia de los padecimientos antes citados.

4. En cuanto al origen de la osteonecrosis, resulta ilustrativo el informe del Jefe del Servicio de Traumatología del HUNSDC, de 5 de octubre de 2017 que consta en el expediente (folios nº 96 y 97), que, en lo que aquí interesa, dice lo siguiente:

«(...) 7 .- La resonancia del 07/03/2016 muestra sólo como diferencia la presencia de una osteonecrosis bajo la cresta tibial, también presenta una "lesión 3 o desgarro en resto meniscal posterior del menisco interno". Es decir, que la degeneración del menisco es tal que, una parte conservada se ha vuelto a romper y la paciente padece una osteonecrosis bajo la cresta tibial de 10 mm., no como consecuencia de la cirugía, sino como consecuencia de la EDA que presenta la paciente, mas teniendo en cuenta que la paciente se encuentra en tratamiento desde 2013 con Metotrexato, que entre las advertencias de su ficha técnica, figura la posibilidad de incrementar el riesgo de osteonecrosis.

El Dr. Negrín opta por una actitud expectativa ante la situación de una rotura del menisco medial y el agravamiento de la enfermedad degenerativa articular. (...)».

Es decir, que la osteonecrosis no tuvo su origen en la intervención quirúrgica, sino en la enfermedad degenerativa articular que padecía la interesada (condromalacia rotuliana). Además, añade el SIP en su informe sobre esta patología que su etiología suele ser idiopática, es decir, de irrupción espontánea o de causa desconocida.

Por tanto, con respecto a esta enfermedad, la misma fue detectada en la RMN practicada en marzo de 2016, sin que hubiera sido detectada en la RMN practicada el año anterior, antes de la intervención quirúrgica, y sin que la misma tenga origen en la intervención quirúrgica practicada, por lo que en este caso la actuación del SCS se ha ajustado a la *lex artis ad hoc*, al haber diagnosticado y tratado adecuadamente la citada dolencia, poniendo a disposición de la paciente los medios técnicos que han permitido su detección.

5. En lo que respecta a la entesopatía púbica, diagnosticada tras ecografía practicada el 31 de octubre de 2016, en el citado informe del Jefe del Servicio de Traumatología del HUNSDC se dice lo siguiente:

«(...) 11.- El diagnóstico de "entesopatía púbica" que refieren del 31/10/2016 "como consecuencia de los padecimientos previos", se ve negada por la Gammagrafía Spect-TC realizada en 02/2017, que específicamente señala que "no muestra claras alteraciones en pubis" (...)».

Por su parte, el SIP, añade en su informe lo siguiente:

«(...) Conocemos que la paciente padecía de Artropatía (artrosis) degenerativa lumbar, además de en otros lugares de su sistema músculo-esquelético, lo que conllevaría a un déficit de movilidad de la articulación coxo-femoral. Estos factores predispondrían a la paciente al padecimiento de una Pubalgia. (...)».

Consecuentemente, independientemente de que no está plenamente confirmada por la *Gammagrafía Spect-TC* realizada en febrero de 2017, en este caso tampoco existe relación entre la intervención quirúrgica realizada y sus posibles complicaciones y la entesopatía púbica, sí existiendo, por el contrario, relación entre esta patología y la enfermedad degenerativa lumbar que sufre la paciente. Tampoco, pues, en este caso se observa vulneración de la *lex artis ad hoc*.

6. Por lo que hace referencia a la intervención quirúrgica que se practicó a la paciente el 12 de noviembre de 2015 en su rodilla izquierda, consistente en meniscectomía, condrectomía del cartílago degenerado y sinovectomía, a la que la

interesada achaca su empeoramiento y dolencias posteriores, la Administración considera correcta la actuación dispensada por los servicios asistenciales, no existiendo evidencia de que la asistencia prestada haya sido inadecuada a la *lex artis*, lo que se infiere de los informes y de la valoración del expediente en su conjunto. En definitiva, considera, como dice la Propuesta de Resolución que *“a la vista de todo lo anterior, no se acredita vulneración alguna de la lex artis, al contrario, el SCS actuó en cada momento con diligencia y corrección, atendiendo a lo que en cada momento requería la situación de la paciente, lo que no garantiza en todos los casos que los resultados sean los esperados”*, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la obligación de medios y no de resultados.

Este Consejo, en cumplimiento de su función consultiva, de acuerdo con dispuesto en su Ley reguladora, ha de examinar la legalidad de la actuación de las administraciones públicas canarias en las reclamaciones que se formulen en materia de responsabilidad administrativa patrimonial cuya cuantía sea igual o superior a 6.000 euros [art. 11.1.D.e) LCCC], lo que significa que no solo ha de analizar el contenido de la Propuesta de Resolución, sino también la legalidad del procedimiento y del expediente en su conjunto, por lo que puede haber cuestiones que no hayan planteado los interesados y que no haya abordado la Propuesta de Resolución.

En este caso, aunque no lo haya alegado el interesado, resulta crucial el examen del contenido del documento de consentimiento informado de la intervención quirúrgica que nos ocupa, porque este documento sí forma parte del examen de adecuación a la *lex artis* de la actuación de los servicios públicos sanitarios.

Así, el citado documento, que obra en el folio nº 158 del expediente, se trata de un formulario, en el que después de incluir el nombre y apellidos de la paciente y su número de historia clínica, se dice lo siguiente:

«(...) manifiesto que he sido informado/a, oralmente y por escrito, por el Dr./a: (...) del procedimiento, alternativas, contraindicaciones y riesgos de la prueba/intervención propuesta. Igualmente se me ha informado de las consecuencias de mi negativa./DECLARO que todas mis dudas y preguntas han sido convenientemente aclaradas, según se dispone el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, y que he comprendido toda la información que me ha proporcionado sobre el procedimiento “artroscopia de rodilla”./ El Médico me ha advertido la necesidad de avisar de posibles alergias a medicamentos, alteraciones de coagulación, enfermedades cardiopulmonares, existencia de prótesis, marcapasos, medicación actual o cualquier otra circunstancia. Igualmente se me ha informado que por mi situación vital actual (diabetes, cardiopatía, hipertensión, anemia, edad avanzada, obesidad,

etc.) pueden aumentar riesgos o complicaciones como: (...) (...) (...) (...) (...) /En base a toda la información que he recibido del Servicio de Traumatología he comprendido adecuadamente la información recibida y en uso de mi libre voluntad, AUTORIZO a los profesionales adecuados que se precisen, para que se me realice la prueba/intervención descrita (...)».

Constan también, la firma del paciente y del médico, así como el lugar y la fecha.

El contenido del citado documento es notoriamente deficiente, como veremos a continuación.

Así, en primer lugar, aunque hace mención a la regulación legal del art. 10.6 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, resulta 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, habida cuenta del momento en que se practicó la intervención quirúrgica.

En segundo lugar, tampoco se especifican los riesgos propios de la intervención. Tampoco las alternativas posibles a la misma. Ni las complicaciones o secuelas que pudieran surgir de la misma, ni los derivados de la situación de la paciente.

Como de forma constante ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la adecuación a la *lex artis* no exige únicamente que se pongan a disposición del paciente los medios precisos para tratar de curar la patología presentada y que éstos sean desarrollados en las debidas condiciones, sino también que aquél reciba cumplida información acerca de las opciones clínicas disponibles y de los riesgos que las mismas engendran, ya que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

En este sentido, la Ley 41/2002 enuncia en su art. 2, entre sus principios básicos, 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 de 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 del mismo precepto), 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 ayudarlo 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 lo 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, su art. 8.2 determina que el consentimiento será verbal por regla general, salvo en los supuestos que el propio precepto excepciona (intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente). En cuanto a las condiciones de la información a los efectos de recabar el consentimiento por escrito, el art. 10 exige que el facultativo proporcione al paciente la información básica relativa a las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con sus circunstancias personales o profesionales, los que resulten probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones.

La jurisprudencia de manera constante ha venido sosteniendo que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye una infracción de la *lex artis* que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, como expresamente reconocen las SSTS de 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo , 19 y 25 de mayo, 4 de octubre de 2011, 30 de abril de 2013 y 26 de mayo de 2015, entre otras.

La interpretación que el Tribunal Supremo ha venido realizando con base en lo previsto en la Ley General de Sanidad en cuanto a la exigencia de detalles en la información que ha de darse al paciente comporta dos consecuencias fundamentales:

- La regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de

la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información.

- Esta regulación implica además que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación de funcionamiento anormal de la Administración. Por el contrario, su cumplimiento en debida forma supone que es el paciente quien asume las consecuencias derivadas de las actuaciones sanitarias, siempre y cuando éstas hayan sido conformes a la *lex artis ad hoc*. El consentimiento informado constituye así uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los objetivos terapéuticos que perseguía. De esta forma, los pacientes, en cuanto asumen los beneficios que se derivan de una intervención quirúrgica, asumen igualmente los riesgos cuya concreción resulte posible a pesar de que el acto médico fuera correctamente practicado. El deber de soportar que no se alcance un éxito terapéutico completo resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que, de concretarse éste, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

A todo ello ha de añadirse que una adecuada aplicación de la regulación del consentimiento informado exige no sólo que preste información sobre todos los riesgos genéricos que los tratamientos médicos generan, sino también los específicos, que han de atender a las especiales circunstancias de cada paciente, que pueden producir que tales riesgos se concreten en ellos con mayor facilidad. Estos extremos además han de ser acreditados por la Administración a los efectos de demostrar la adecuación del acto médico a la *lex artis* y su consiguiente exoneración de responsabilidad.

En el presente caso, si bien, como se ha visto, consta formalmente documento de consentimiento informado, éste carece de su contenido legalmente exigible, que lo dota de título de juridicidad del riesgo inherente a la intervención, así como de la intervención misma. Por ello, desde esta perspectiva, la asistencia sanitaria puede considerarse que no es ajustada a la *lex artis*.

Es esencial disponer del consentimiento expreso y escrito del paciente en cualquier intervención, pero sobre todo en las quirúrgicas o invasoras y aquellas con riesgos o inconvenientes de repercusión negativa para su salud, salvo ciertos supuestos tasados en los que no incurre el presente. Y también lo es que se facilite

previamente al paciente la información adecuada y correcta para que ese consentimiento sea procedente, particularmente para desplazar al enfermo los riesgos del tratamiento o intervención, siempre que se haga de modo adecuado lógicamente, de modo que deberá asumir los daños que aparezcan al aplicarse tratando de curar por ser inevitables o inherentes al mismo.

Obviamente, debiendo obtenerse consentimiento del paciente para intervenir, ha de recibir antes la información en las condiciones legalmente explicitadas y tras valorar las opciones propias del caso, lo que incluye no sólo la idoneidad curativa de la intervención planteada y, por supuesto, en qué va a consistir y, además, las alternativas que existieren para tratar la enfermedad o para la realización de aquélla, sino los riesgos que comporta de fracaso o de daños, tanto los generales de toda operación, como los particulares de la que se propone, sean frecuentes o, en todo caso, típicos, siempre teniéndose en cuenta los antecedentes y condiciones o estado de salud del paciente y los medios disponibles.

Esto último es especialmente relevante en el caso que nos ocupa, pues en el informe del SIP, en su consideración número 3, se dice expresamente lo siguiente:

«(...) Claro está, en la paciente del caso que nos ocupa su estudio, ésta era subsidiaria de Artrosis que estaba degenerando el cartílago articular de la rótula (Condromalacia/Condropatía) y además padecía una lesión meniscal. Todo ello le producía una gonalgia intensa con bloqueo articular, lo que propició la propuesta a la paciente -por parte del Servicio de Traumatología del Hospital Nuestra Señora de Los Reyes, de Valverde, El Hierro-, de Meniscectomía, Condroectomía del cartílago degenerado y Sinovectomía (12-11-2015), con la finalidad de rendir el dolor y mejorar el bloqueo articular y, por tanto, la deambulación. Previamente, la paciente firmó el documento jurídico de Consentimiento Informado en el que se indicaba la posibilidad de que la paciente pudiera continuar con el dolor».

Contrastado el documento de consentimiento informado con esta última afirmación sobre el dolor, resulta evidente que la misma no es cierta. En el documento de consentimiento informado no se indica que tras la operación la paciente pudiera continuar con dolor. Precisamente, la paciente alega que no ha mejorado, sino que ha empeorado y que el dolor continúa todo el día, así como el bloqueo articular, y que tiene que deambular con muletas, cuando antes no eran necesarias, lo que es indicativo de que no recibió adecuadamente la información sobre esa complicación, ni sobre una posible evolución tórpida de la intervención (sin embargo, sobre la evolución tórpida de la intervención sí se argumenta en la

Propuesta de Resolución), especialmente teniendo en cuenta su patología de base que era una enfermedad degenerativa articular.

La Administración no ha acreditado que la paciente hubiese sido informada de todos los riesgos propios de la intervención, por lo que un consentimiento como el suscrito por la misma no da adecuado cumplimiento de las exigencias legales. Tampoco se ha acreditado que a la paciente se le haya ofrecido información verbal sobre las consecuencias posibles de la intervención y de sus mayores riesgos derivados de sus propias circunstancias.

Y es que, como se señaló anteriormente, la adecuación a la *lex artis* no exige únicamente que se pongan a disposición del paciente los medios precisos para tratar de curar la patología presentada y que éstos sean desarrollados en las debidas condiciones, sino también que aquélla reciba cumplida información acerca de las opciones clínicas disponibles y de los riesgos que las mismas engendran, ya que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

La Ley 41/2002 no solo enuncia en su art. 2, entre sus principios básicos, la exigencia, con carácter general, del previo y preceptivo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, sino que añade, en el art. 8 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 artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

Por ello, resulta relevante en el consentimiento informado la referencia a las alternativas posibles, máxime, en un caso como el presente en el que, nos hallamos ante una intervención debido a una enfermedad degenerativa articular, que podía aumentar el riesgo de complicaciones posteriores, como de hecho sucedió.

Sólo de esta manera el consentimiento informado resulta título jurídico que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los objetivos terapéuticos que perseguía. El deber de soportar que no se alcance un éxito terapéutico completo resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que, de concretarse éste, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica, por ello, en este caso, al ser de tal manera insuficiente el consentimiento informado, puede hablarse de carencia del mismo, con lo cual nos hallamos ante una infracción de la *lex artis* que lesiona su derecho de autodeterminación del paciente.

7. Sin embargo, también se ha de atender a que, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la regulación legal sobre el consentimiento informado debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento no realizado por escrito (Véanse, por todas, las SSTs de 4 de abril de 2000, RJ 2000\ 3258; de 1 febrero de 2008, RJ 2008\1349; y de 24 septiembre de 2012, RJ 2012\9228).

En relación con la omisión del consentimiento informado por escrito la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha señalado:

«(...) según la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento del deber legal de solicitar y obtener el consentimiento informado no da por sí solo derecho a indemnización. Véanse, entre otras, las recientes sentencias de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1349) y de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 6367). Ni que decir tiene que la conculcación del mencionado deber legal podrá dar lugar a sanciones disciplinarias; pero, si esa infracción va seguida de la curación del paciente, no hay daño en el sentido del art. 139 LRJ-PAC y, por consiguiente, no procede otorgar indemnización alguna. En otras palabras, el simple hecho de que una actuación médica sea ilegal no implica necesariamente que ocasione una lesión antijurídica. Ciertamente, podrá ser tachada de paternalista y, en ciertas circunstancias, ser castigada; pero, si no produce un mal al paciente, no hay daño en sentido técnico-jurídico.» (STS de 10 febrero 2009, RJ 2009\970).

En su Sentencia de 19 mayo de 2011 (RJ 2011\5778) reitera:

«Ya por último, la razón por la que debemos desestimar el segundo de los motivos de casación la encontramos en nuestra propia jurisprudencia, pues ésta ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la sentencia de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258)), a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3340), 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007 (RJ 2007, 884), 1 de febrero y 19 de junio de 2008 (RJ 2008, 6479), o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789) y 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6460)».

Resumiendo esta doctrina jurisprudencial en nuestros Dictámenes 59/2014, de 26 de febrero, y 397/2015, de 29 de octubre, dijimos:

«(...) la omisión del consentimiento informado documentado por escrito a una intervención quirúrgica no da por sí solo derecho a una indemnización. Para que surja éste es necesario que se haya causado un daño al paciente, bien debido a que se incurrió en negligencia profesional, bien porque, aun procediendo correctamente, se haya materializado un riesgo iatrogénico inherente a la intervención, de cuya eventualidad no había sido informado el paciente y por ende no lo había aceptado por medio de su consentimiento».

En este caso se han materializado esos riesgos derivados de la propia intervención, con una evolución tórpida, de los que no fue debidamente informada la paciente, empeorando sus dolencias y persistiendo el dolor continuamente, así como el bloqueo articular y la deambulación con muletas durante 2 años y 3 meses, hasta que se le realizó una segunda operación que le permite actualmente caminar sin muletas -tal y como afirma en sus últimas alegaciones la interesada, que no ha sido contradicha en este extremo por la Administración-, constituyendo estas complicaciones de la primera intervención un daño antijurídico y, por tanto, indemnizable. Por tanto, como se ha señalado anteriormente, la falta de esta información a la paciente, como de forma constante ha venido sosteniendo la Jurisprudencia y este Consejo (por todos, Dictámenes 303/2015, de 10 de septiembre, y 143/2017, de 2 de mayo), constituye una infracción de la *lex artis* que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan.

8. En definitiva, el defecto del consentimiento informado advertido, materializado en unos daños concretos (dolores continuos, bloqueo articular y deambulación con muletas, durante 2 años y 3 meses) se considera como un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* lo que ha manifestado un funcionamiento anormal del servicio público, al haberse ocasionado un resultado lesivo en la salud de la paciente como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento hasta que se le practicó una segunda operación quirúrgica que revertió sus dolencias, originando tal falta de la información debida un daño moral, en la medida en que ha impedido que la interesada pudiera valorar los riesgos y posibles complicaciones de la intervención, cuya indemnización se ha de determinar aplicando los criterios de equidad y ponderación, tal y como ha considerado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencia de 4 de junio de 2013, que cita otras muchas, entre ellas la de 18 de julio de 2007). Por esta razón, aplicando dichos criterios y atendiendo a todas las circunstancias concurrentes en este caso, se considera oportuno que dicho daño moral debe valorarse por una

cantidad a tanto alzado, resultado de aplicar un porcentaje entre el 15 y 20 por ciento de la cantidad reclamada, que supone un importe de 8.500 euros.

Esta cantidad, con referencia al día en que cesó el efecto dañoso mediante la segunda operación, habrá de actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, tal y como señala el art. 34.3 LRJSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación de (...), resulta contraria a Derecho, debiendo estimarse parcialmente la misma, de acuerdo con lo señalado en el Fundamento V.