

Dictamen nº: **437/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.10.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 6 de octubre de 2020, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por un abogado en representación de D., por los daños y perjuicios que atribuye a la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz (HUFJD) por la realización de una meniscectomía en la rodilla derecha cuando debían realizar una artroscopia en la rodilla izquierda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de febrero 2018, la persona citada en el encabezamiento presenta un escrito de reclamación por responsabilidad patrimonial como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria prestada al reclamante en el HUFJD.

Con carácter previo al relato de los hechos que dan lugar a la reclamación, se refiere a los antecedentes clínicos que presentaba el paciente, indicando que había sido intervenido en la rodilla derecha,

realizándose primero artroscopia de limpieza y luego osteotomía de inserción de tendón rotuliano.

A continuación, indica que el interesado acudió a Consulta de Traumatología del HUFJD el día 17 de junio de 2016, derivado por su médico de Atención Primaria, por la presencia de fuertes dolores en ambas rodillas, sobre todo la izquierda y por sensación de inestabilidad, añadiendo que además, cuando el paciente acudió a la consulta programada también presentó un episodio de lumbago.

Explica que después de realizar las pruebas pertinentes, se llegó al siguiente diagnóstico:

“26/7/2016:

RMN rodilla derecha:

CONCLUSIÓN:

Condropatía rotuliana grado II.

Tendinopatía rotuliana distal.

Meniscopatía interna

Pequeño quiste de Baker.

RMN rodilla izquierda:

CONCLUSIÓN:

Condromalacia rotuliana grado I.

Meniscopatía interna.

RMN c lumbar: cambios degenerativos discales a varios niveles (falta informe).

Clínicamente: Apofislagia, movilidad limitada por dolor, Lasegue-, buena movilidad de tobillos y rodilla.

Plan: aconsejo fisioterapia de área.

Control por su MAP.

En caso de no mejorar o empeorar remitir a COT”.

Indica que tales hallazgos junto con la edad y los antecedentes clínicos del paciente hicieron que el traumatólogo descartara la realización de una artroscopia. Por ello, se recomendó fisioterapia de área y control por su médico de cabecera, con la indicación de que si no mejoraba le volviera a remitir al especialista.

Explica a continuación que el Servicio de Rehabilitación vio al paciente por primera vez el 24 de agosto de 2016 y pautó un total de siete sesiones donde solo se trató la lumbalgia presentada, potenciando la musculatura abdominal y lumbar. Sin embargo, durante este tiempo el dolor de las rodillas aumentó, por lo que acudió de nuevo, el 25 de noviembre de 2016, al especialista para que valorará de nuevo la situación, precisando que esta vez los hallazgos fueron los siguientes:

“RMN RODILLA I:

HALLAZGOS:

No se observan cambios morfológicos ni de señal de las estructuras óseas ni musculares visualizadas.

Los ligamentos cruzados son de morfología y señal normal

Los ligamentos colaterales, el tendón rotuliano y la porción visualizada del tendón del cuádriceps son normales.

Alteración de la señal del cuerno posterior del menisco interno sin contacto con superficie articular en relación con meniscopatía. Menisco externo sin alteraciones.

Cartílago rotuliano de grosor normal, observándose leve alteración de la señal de predominio en vértice de la rótula, en relación con condromalacia grado I.

No derrame articular en cuantía significativa.

Incipiente formación de quiste de Baker”.

De acuerdo con el escrito de reclamación, se ofreció al interesado la realización de una artroscopia diagnóstica y de limpieza para sanear la rodilla izquierda y comprobar su estado. Además, se remitió al paciente a la Unidad del Dolor para tratar la lumbalgia crónica.

Afirma que, como era el tercer especialista que le veía, el paciente preguntó si sería él mismo el que realizaría la cirugía, asegurándole que le vería en la mesa de operaciones y que no realizaría una meniscectomía completa, que en todo caso extraería alguna parte que pudiera estar desprendida.

Refiere que el 11 de febrero de 2017 ingresó en el HUFJD para que le realizaran la artroscopia en la rodilla izquierda, pero, sin embargo, no se le explicaron los riesgos a los que se sometía con la intervención ni firmó ningún consentimiento informado. Además, al entrar a quirófano, vio que otro doctor sería el que llevaría a cabo la artroscopia. Por ello, comentó con el nuevo especialista lo que le había aconsejado el segundo traumatólogo, que descartó la operación, exponiendo que no quería que le tocaran el menisco porque la retirada masa muscular que se

interpone en la fricción con el cartílago rotuliano no era buena idea, además del riesgo de infección.

Añade que solicitó poder ver la intervención durante su práctica, pero la pantalla que estaba enfocada al paciente no funcionaba, y que el especialista le comentó que todo estaba muy bien por lo que la cirugía sería breve. No obstante, para la sorpresa del paciente, la intervención se realizó en la rodilla “*DERECHA!!!*”. Reproduce en parte el informe del cirujano, en el que se indica que se practicó la artroscopia por rotura de menisco interno de rodilla derecha.

Incide en que, tal como figura en la historia clínica, el paciente nunca ingresó por rotura de menisco interno de ninguna de las dos rodillas por lo que considera que el facultativo desconocía no solo la rodilla que debía intervenir, sino que tampoco sabía el motivo. Insiste a su vez en que a pesar de que el paciente verbalizó que no quería que le tocaran el menisco, el cirujano practico una meniscectomía, explicando que esta consiste en la extracción quirúrgica de la totalidad o una parte de un menisco desgarrado.

Refiere que el paciente presenta parestesia en la zona intervenida, además de unos intensos dolores y una movilidad reducida. Tiene dificultad para la bipedestación, para la que debe ayudarse de bastón, entorpeciendo el resto de actividades de la vida diaria. En este sentido, añade que una vez agotada la duración máxima de la incapacidad temporal, se ha iniciado de oficio el expediente de incapacidad permanente con fecha 30 de noviembre de 2017.

En resumen indica que se ha sometido al interesado a una intervención innecesaria y no se ha resuelto el problema, sino que se ha visto agravado, provocándole un daño que no tiene el deber de soportar, y sin olvidar que el paciente no recibió información alguna, ni verbal ni escrita sobre los posibles riesgos de la artroscopia.

Considera reprochables los siguientes actos médicos:

1.- No se pusieron los medios protocolizados para evitar errores de lateralidad, precisando que en la historia clínica figura un informe preoperatorio de anestesiología, de fecha 29 de noviembre de 2016, donde se apunta el diagnóstico y la intervención propuesta pero se obvia por completo la lateralidad, sin que se preguntara al paciente o a sus familiares por la rodilla a intervenir para evitar errores.

2.- Falta de información y consentimiento relativo a la artroscopia, puesto que el paciente no firmó ningún consentimiento informado y no se le explicaron los riesgos de la intervención a la que iban a someterle, siendo en este caso el consentimiento de vital importancia, pues según le comunicó el facultativo en la consulta, la artroscopia se realizaría en la rodilla izquierda y no en la derecha.

3.- Técnica quirúrgica inadecuada teniendo en cuenta que el facultativo indicó que la artroscopia debía realizarse en la rodilla izquierda y con la finalidad de observar el estado de la articulación y limpiar si fuera necesario, y sin embargo, según dispone el informe del cirujano, el paciente ingresó por rotura de menisco interno de la rodilla derecha, realizando una menissectomía y desbridamiento artroscópico.

Considera por tanto acreditado que la técnica quirúrgica utilizada en la rodilla derecha no fue la adecuada y que el cirujano desconocía el diagnóstico por el que se indicó la intervención. Añade que el paciente estaba diagnosticado de quiste de Baker en la rodilla derecha y no se aprovechó la cirugía para retirarlo.

Aplicando a título orientativo “*y de forma muy ponderada*” la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes en accidente de

tráfico –en adelante, Ley 35/2015-, considera adecuado el reconocimiento de una indemnización por importe de noventa y ocho mil trescientos noventa y dos euros con treinta y siete céntimos (98.392,37 €), más intereses, sin perjuicio de una posterior liquidación en atención a la evolución de sus patologías y necesidades asistenciales.

Adjunta con su escrito de reclamación documentación clínica y sobre la incapacidad permanente.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del presente dictamen:

El reclamante, de 53 años de edad en el momento de los hechos, con antecedentes médico quirúrgicos de lumbalgias de repetición (hay referencias a episodios desde antes del 7 de enero de 2019) + Episodio activo en el momento de la consulta; dos artroscopias previas sobre rodilla derecha; cirugía del opérculo torácico bilateral y cirugía correctora del túnel del carpo bilateral; dorsalgia estudiada en Reumatología sin seguimiento posterior, acude el día 17 de junio de 2016 a Consultas Externas de Traumatología del HUFJD remitido por su médico de Atención Primaria, por gonalgia a estudio bilateral de predominio izquierdo.

Con juicio diagnóstico de gonalgia bilateral a estudio y episodio de lumbalgia agudo se cita para revisión con RM, RXs y axiales.

Con fecha 26 de julio de 2016 acude a la consulta de Traumatología para conocer los resultados de las pruebas realizadas, figurando en el informe emitido los siguientes:

“RM:

RD: condropatía rotuliana Gº II+ tendinopatía rotuliana distal+

meniscopatía interna + pequeño quiste de Baker

Rodilla izquierda (RI): condropatía rotuliana G° I+ meniscopatía interna.

Columna lumbar: cambios degenerativos discales a varios niveles”.

Se aconseja fisioterapia en el área y remitir de nuevo si no mejora.

El día 25 de noviembre de 2016 acude de nuevo para valoración evolutiva. Ante mala respuesta a la fisioterapia se ofrece al paciente cirugía de artroscopia para rodilla izquierda, constanding que acepta, y se incluye en lista de espera quirúrgica. Se indica en el informe *“Pendiente de firmar consentimiento informado. Pasarlo el día de la cirugía”.*

El 11 de febrero de 2017 ingresa en el HUFJD para realizar la intervención de artroscopia de rodilla izquierda. Se realiza durante la exploración meniscectomía y sinovectomía sin complicaciones precoces. Se da alta a domicilio con indicaciones y precauciones postquirúrgicas, por escrito. No se realiza en el informe de alta, de la misma fecha, ninguna anotación sobre firma del consentimiento informado.

El día 7 de abril de 2017 acude a consulta de Rehabilitación del HFJD. En la exploración se hace referencia a uso de bastón para la deambulación, así como que ya lo venía usando por lumbalgia irradiada de años de evolución. Consta que ha realizado 10 sesiones sin mejoría, sensación de inestabilidad de rodilla. Se pauta tratamiento para *“potenciación de cuádriceps e isquios, bicicleta estática, US pulsado sobre rotuliano e interlineas”.*

En la revisión en Consulta de Rehabilitación del día 21 de abril de 2017, el informe emitido señala que a pesar de buena tolerancia a los ejercicios indicados y que la flexoextensión conseguida es completa, se

indica que el dolor es continuo y no controlado por analgesia oral. Se decide continuar tratamiento de rehabilitación a días alternos.

El día 5 de mayo de 2017 acude de nuevo a Consulta de Rehabilitación del HUFJD. Refiere tras 24 sesiones encontrarse similar de dolor y persistencia de inestabilidad de rodillas. Ante la posibilidad de que la clínica sea derivada de su patología de columna y sospecha de mielopatía se indica nueva RM, EMG y valoración con los resultados.

En el informe del Servicio de Rehabilitación de fecha 12 de junio de 2017 consta: Sin cambios en RM lumbar (29/05/2017) respecto previas y EMG (09/06/2017) que descarta neuropatía compresiva a nivel lumbar. Se procede a alta con comentario: *“el paciente aunque ha mejorado parcialmente, refiere que mantiene dolor (ya previo y en seguimiento por unidad del dolor) se informa de la actitud ante las patologías de dolor crónico en las que se descarta patología neurológica, sin indicación de cirugía, deben ser atendidas en fisioterapia de atención primaria”*.

A partir del día 26 de septiembre de 2017 el interesado acude al especialista de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

El día 1 de diciembre de 2017 se propone desde el equipo de valoración de Incapacidades de INSS la calificación de incapacitado permanente en grado total.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación, se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Por medio de escrito de fecha 24 de junio de 2019 el interesado aporta distinta documentación médica del HGUGM así como la resolución de la directora provincial del INSS, de fecha 2 de febrero de 2018 por la que se aprueba la pensión de incapacidad permanente, en el grado de total para la profesión habitual, con reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%.

Considera que a la vista de dicha documentación se debe realizar una actualización de la indemnización reclamada inicialmente, que cuantifica en la cifra total de 279.954,89 .

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC se recaba el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología.

En lo referente a la falta de información y ausencia de firma de consentimiento informado, el informe refiere que como a todos los pacientes a los que se les propone un tratamiento quirúrgico, en el momento de la consulta en la que se indicó la cirugía al reclamante se le explicaron los riesgos y beneficios potenciales de las diferentes alternativas terapéuticas, y que obviamente, el facultativo se encontraba abierto a resolver cualquier duda respecto al procedimiento quirúrgico planteado. Explica que “lamentablemente” no pudo recogerse el consentimiento informado en ese momento debido a que por un problema informático no funcionaba la “*Tablet*” destinada a tal efecto y considera que, por tanto, sí se ofreció información que el paciente consideró suficiente en ese momento.

Afirma que el cirujano conocía perfectamente las lesiones de la rodilla a intervenir dado que están indicadas en el parte quirúrgico y revisó previamente la historia clínica, perfectamente accesible desde el quirófano.

En lo que concierne al cirujano responsable de la intervención, explica que en ese servicio siempre respetan la libertad del paciente de

elegir un cirujano determinado para llevar a cabo la operación, y que este detalle queda reflejado en el historial clínico y en la tramitación administrativa de la intervención quirúrgica, pero que en este caso, no consta ese deseo y por ello fue asignado a otro cirujano.

En cuanto al error de lateralidad reprochado por el reclamante, sostiene que tal y como refleja el informe de la resonancia magnética, el paciente presentaba lesiones similares en ambas rodillas, y que revisados los hechos acontecidos el día de la intervención, el cirujano que llevó a cabo la artroscopia la realizó en la rodilla derecha debido a que fue la que se encontró presentada al entrar al quirófano. Añade que *“sorprendentemente el paciente no hizo ningún argumento ni pregunta el día de la intervención quirúrgica al respecto”*.

En cuanto al procedimiento quirúrgico, señala que de acuerdo con el conocimiento actual en patología de rodilla no tiene fundamento alguno el argumento de que el menisco debía conservarse y que, más bien al contrario, la resección de la parte lesionada del menisco (meniscectomía) previene lesiones del cartilago futuras.

Explica en cuanto al postoperatorio que, como jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, solicitó que fuera citado el paciente y pudo mantener una entrevista con él en la que comentaron y discutieron los hechos acaecidos extensamente. Refiere que tranquilizó al reclamante sobre las consecuencias de realizar la cirugía en la rodilla derecha, al tratarse la artroscopia de un procedimiento diagnóstico y terapéutico mínimamente invasivo, y le ofreció toda la infraestructura y el equipo del hospital para continuar el seguimiento y tratamiento de ambas rodillas, pero el paciente manifestó su pérdida de confianza en ese centro y ejerció su derecho a la libre elección de facultativo solicitando cita en otro hospital.

Formula las siguientes conclusiones:

“1. El paciente presentaba una patología similar y objetiva en ambas rodillas, como confirman los informes de resonancia magnética.

2. A pesar de estar programada la intervención en la rodilla izquierda, se operó la derecha. La rodilla derecha también se encontraba lesionada. Esta operación no supuso perjuicio alguno en esa rodilla al tratarse de un procedimiento diagnóstico y terapéutico mínimamente invasivo”.

El informe de la Inspección Sanitaria, de fecha 19 de julio de 2019, tras analizar el expediente, explica que, según la literatura consultada la indicación de artroscopia se realiza para revisar la situación de lesión intraarticular sospechada en rodilla dolorosa y limitante funcionalmente. Precisa que, en este caso, aunque tenía lesión de mayor grado en la rodilla derecha se le propone en la rodilla izquierda ya que en ese momento refería mayor clínica en la izquierda.

A continuación, confirma que no se encuentra en la historia clínica motivo de cambio de lateralidad antes de la cirugía ni durante la misma; y que, aunque las secuelas presentadas sobre la rodilla derecha están dentro de las complicaciones posibles tras la técnica, atendiendo a que no era esa la rodilla a intervenir es posible que no se hubieran producido en la intervención de la rodilla izquierda programada o en la rodilla derecha si se hubiera programado posteriormente.

Precisa que las secuelas valoradas por Tribunal de INSS no son solo derivadas de su patología rotuliana, y concluye que hubo un cambio inexplicable no indicado en la historia clínica en la lateralidad de la cirugía de artroscopia, y que las complicaciones y limitaciones resultantes de dicha intervención podrían no haber sucedido si se hubiese mantenido la lateralidad indicada.

El informe de la empresa aseguradora del SERMAS, realizada por médico especialista en Valoración del Daño, verifica a su vez una serie

de consideraciones médicas y tras efectuar un resumen del expediente, señala que, a pesar de lo expuesto por el servicio médico responsable en el informe emitido con motivo de la reclamación, es indiscutible que se había programado la cirugía artroscópica en la rodilla izquierda y que, por error, se le interviene de la derecha.

Añade que en todo el evolutivo asistencial se comprueba que la patología lumbar artrósica podría ser la desencadenante de la inestabilidad de las rodillas referida por el paciente.

En cuanto a la cirugía realizada en la rodilla derecha, de acuerdo con el informe de la intervención quirúrgica que reproduce, precisa que lo que se realiza es una artroscopia diagnóstica afirmando que, en este caso, es la mejor y única técnica de explorar la situación real de la rodilla; y que el único procedimiento que se le realiza es una meniscectomía parcial que, hoy por hoy, considera que sigue siendo la intervención más habitual en las roturas de menisco. Explica que, al extraer el segmento dañado del menisco, la meniscectomía parcial alivia el dolor y los síntomas mecánicos.

El informe explica que actualmente, la principal indicación para la meniscectomía parcial es una rotura del menisco en la que las otras opciones terapéuticas tengan pocas probabilidades de éxito; y que algunas de las roturas que cumplen estos criterios son las roturas degenerativas del menisco, formas de rotura complejas, roturas crónicas con desplazamiento y deformación plástica y roturas en la región blanca-blanca del menisco (profundidad de la hendidura superior a los 8 mm). Otra indicación para la meniscectomía parcial es el fracaso de una reparación previa del menisco.

Añade que la meniscectomía parcial artroscópica es muy eficaz en la eliminación de los síntomas agudos, tiene un riesgo bajo de complicaciones y permite una vuelta a la actividad tras pocas semanas.

Precisa no obstante que, aunque la meniscectomía parcial ofrece excelentes resultados a corto plazo, extraer tejido del menisco puede tener consecuencias negativas a largo plazo y que, con el tiempo, muchos pacientes que se han sometido a una meniscectomía parcial terminan padeciendo artrosis en la rodilla.

Considera en resumen que al paciente se le realiza una cirugía en la rodilla contralateral, precisando revisiones posteriores y tratamiento rehabilitador hasta su alta médica el 9 de junio de 2017 en el HUFJD, indicando que sus patologías álgicas se deben a las artrósicas y que deben ser controladas por su médico de Atención Primaria.

Efectúa una valoración del daño corporal siguiendo los parámetros contenidos en la Ley 35/15, y RD 1971/1999, y propone una indemnización total de 13.252,21 euros.

Conferido trámite de audiencia al centro concertado y al reclamante, consta la formulación de alegaciones por el interesado en las que abunda en su escrito de reclamación inicial, critica el informe de la Inspección, y en cuanto a la valoración de los daños efectuada por la compañía aseguradora del SERMAS, considera que sí debe tenerse en cuenta la incapacidad laboral otorgada al paciente a la hora de establecer una indemnización, pues a pesar de ser un paciente pluripatológico, es la intervención de la rodilla derecha la que propicia su concesión. Reprocha en segundo lugar que no se valoran los daños morales, no se tiene en cuenta que el paciente no había consentido dicha intervención y que, aunque el consentimiento informado constara firmado, el mismo sería para la otra rodilla. Por último, indica que respecto al daño emergente no se han tenido en cuenta lo dispuesto en el art.116.4 de la Ley 35/2015. Considera en todo caso incomprensible la valoración realizada por alguien que ni siquiera ha realizado una exploración al paciente a fin de verificar su estado actual y como las

lesiones que presenta influyen en la realización de las actividades básicas de la vida diaria.

Finalmente, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria ha formulado propuesta de resolución de 21 de mayo de 2020 en el sentido de estimar parcialmente la reclamación formulada reconociendo una indemnización a su favor, por importe total de trece mil doscientos cincuenta y dos euros con veintiún céntimos (13.252,21 €), pendiente de actualizar a la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 16 de junio de 2020 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 6 de octubre de 2020.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del

artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la LPAC al ser la persona que recibió la asistencia sanitaria objeto de reproche.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó en un centro hospitalario de su red asistencial aun siendo gestionado por una empresa privada.

A este respecto esta Comisión viene reconociendo la legitimación de la Comunidad de Madrid en los supuestos en los que la asistencia sanitaria se presta en centros concertados siguiendo el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de 14 de marzo de 2013 (rec. 1018/2010).

En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (rec. 68/2019) que, tras destacar que la LPAC no recoge una previsión similar a la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, considera que, en los casos en los que la asistencia sanitaria a usuarios del Sistema Nacional de Salud es prestada por entidades concertadas con la Administración (como era el caso), se trata de sujetos privados con funciones administrativas integrados en los servicios públicos

sanitarios, por lo que no es posible que se les demande ante la jurisdicción civil ya que actúan en funciones de servicio público.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sometido a dictamen, el alta tras la intervención quirúrgica se produjo el día 11 de febrero de 2017, y el alta por el Servicio de Rehabilitación del HUFJD tuvo lugar el día 9 de junio de 2017, por lo que la reclamación presentada el día 7 de junio de 2018 está en todo caso formulada dentro del plazo legalmente establecido.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se han solicitado los informes preceptivos previstos en el artículo 81 LPAC.

También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria, y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes se ha dado audiencia al reclamante que presentó escrito de alegaciones. Finalmente se ha formulado la oportuna propuesta de resolución.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en la actualidad tanto en la LPAC como en

la LRJSP, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el artículo 32 de la LRJSP, es necesario que concurra:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño [así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)].

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida

asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal [por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010)] que *«no resulta suficiente la existencia de una lesión que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente», por lo que “si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido” ya que “la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”».*

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y

de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales “*puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido*”, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- En el caso que nos ocupa queda suficientemente acreditado en el expediente que el reclamante debía ser sometido a una intervención quirúrgica de artroscopia en la rodilla izquierda y por error, se le sometió a una meniscectomía en la rodilla derecha.

Del error queda la pertinente constancia en la historia clínica y es reconocido en el informe emitido por el servicio causante del daño. Por su parte, la Inspección Sanitaria afirma que la rodilla derecha no era objeto de la intervención y que no se encuentra en la historia clínica motivo de cambio de lateralidad antes de la cirugía ni durante la misma.

Resulta evidente y no requiere mayor esfuerzo argumentativo que el interesado no tiene la obligación jurídica de soportar el daño causado por este funcionamiento inadecuado de los servicios sanitarios, por lo que procede reconocer la reclamación de responsabilidad patrimonial.

SEXTA.- Sentada la obligación de indemnizar al paciente, a la hora de proceder a la valoración del daño que ha padecido, contamos como elementos probatorios con el historial clínico y con el informe pericial de valoración del daño corporal emitido con fecha 14 de febrero de 2020 a solicitud del SERMAS.

Por lo que se refiere a la posición del reclamante, mediante escrito de fecha 24 de junio de 2019, concretó los conceptos y la cuantía de la indemnización que pretende recibir.

Conviene por tanto analizar la procedencia de reconocer dichos conceptos de forma paralela al análisis del informe de valoración del daño corporal emitido en el procedimiento, cuyos criterios hace propios la propuesta de resolución.

Tanto el dictamen pericial como el escrito del interesado se refieren en primer lugar a las indemnizaciones por lesiones temporales. El interesado reclama una indemnización de 30.636,41 € (29.036,41 € por perjuicio personal básico y por pérdida de calidad de vida, y 1.600 € por intervención quirúrgica).

El dictamen pericial considera un día de perjuicio personal particular grave por el día de la cirugía (77,61 euros), y 118 días de perjuicio personal particular moderado contados desde el día de la intervención hasta el día del alta médica en la consulta de Rehabilitación del HUFJD el día 9 de junio de 2017 en que se le remite a fisioterapia de Atención Primaria y control por su médico de Atención Primaria, teniendo en cuenta que se trata de ofrecer tratamientos de mantenimiento o paliativos de patologías crónicas y degenerativas.

Consideramos en este punto más acertado el criterio del perito por cuanto el reclamante pretende una indemnización por todo el periodo de baja laboral ocasionado por otras patologías degenerativas y por las que, tal y como consta en la resolución del INSS, también se le reconoce la incapacidad permanente total –en total, 557 días-. Sin embargo, el periodo indemnizable sería en efecto el periodo de incapacidad temporal derivado de la intervención practicada por error en la rodilla derecha lo que supone un quantum indemnizatorio de 6.349,58 € (118 x 53,81 €).

En cuanto a la indemnización por intervención quirúrgica, el reclamante cuantifica este concepto en la cifra de 1.600 € que es el máximo previsto, mientras que el dictamen pericial contempla 1.150 €. Una vez comprobada la clasificación terminológica y codificación de

actos y técnicas médicas, se comprueba que la intervención de “*Meniscectomía. Tratamiento por artroscopia*” se incluye en el grupo quirúrgico V con un tramo indemnizatorio de entre 1.001 y 1.150 €, motivo por el cual, la indemnización fijada por este concepto en el dictamen pericial también se considera correcta.

Por lo que respecta a los perjuicios patrimoniales, el reclamante solicita una indemnización de 44.237,18 € en concepto de lucro cesante como resultado de multiplicar 557 (días de baja) x 79,42 €/día. El dictamen pericial no incluye ninguna valoración por este concepto, debiendo en este punto precisar que el reclamante no ha presentado documentación acreditativa que permita su reconocimiento.

En cuanto a las indemnizaciones por secuelas, el reclamante considera que las secuelas de la intervención de la rodilla derecha serían las previstas en el baremo médico como “*secuelas combinadas de lesiones menisco-ligamentosas*” (5-20 puntos), contemplando el máximo de esta secuela. El dictamen pericial considera que se trata de “*secuelas meniscales (operadas o no) con sintomatología*” proponiendo a su vez el máximo previsto en el baremo -5 puntos-, considerando la sintomatología residual y que vendría a equipararse con el máximo de la secuela de agravación de artrosis previa en la rodilla, también con un arco de 1 a 5 puntos. Teniendo en cuenta que ningún informe se refiere a lesiones de los ligamentos de la rodilla derecha como consecuencia de la intervención, se reputa acertada la identificación de la secuela efectuada por la perita, y su cuantificación en la cifra de 4.120.01 €.

El interesado reclama a su vez 50.000 € en concepto de “*perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas. Grave*”. El dictamen de la perita, no se refiere a este concepto, precisando el artículo 107 de la Ley 35/2015 que la indemnización por el mismo tiene por objeto compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por las secuelas que impiden o limitan su autonomía

personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas.

Procede recordar en este punto que en la reclamación inicial el interesado refiere presentar parestesia en la zona intervenida; intensos dolores y una movilidad reducida, así como dificultad para la bipedestación, para la que debe ayudarse de bastón, entorpeciendo el resto de actividades de la vida diaria.

Sin embargo, en el informe de Traumatología y Cirugía Ortopédica de fecha 17 de junio de 2016, consta que el paciente es remitido por el médico de Atención Primaria por dolor de rodillas, y que le produce mucho dolor sobre todo bajar y sensación de inestabilidad, refiriendo empeoramiento muy marcado en los últimos seis meses.

Por otro lado, el informe de Consultas Externas de Rehabilitación del HUFJD de fecha 21 de marzo de 2017 indica que el paciente *“marcha con bastón, ya lo usaba previamente por lumbalgia irradiada a glúteos de años de evolución”*. En este mismo informe se indica respecto de la rodilla derecha: *“cicatrices portales artroscopia buen aspecto. No tumefacción, no deformidad. Extensión completa, flexión 100%”*.

En el informe de alta del Servicio de Rehabilitación del HUFJD de fecha 9 de junio de 2017 se indica que el paciente, aunque ha mejorado parcialmente, refiere que mantiene dolor *“(ya previo y en seguimiento por Unidad de Dolor)”*.

El contenido de los citados informes permite afirmar que las dolencias que el paciente considera secuelas de la intervención quirúrgica realizada por error en la rodilla derecha, ya estaban presentes antes de la citada intervención por lo que no procede el reconocimiento de la indemnización solicitada por el citado concepto.

En cuanto a los perjuicios estéticos, frente a los seis puntos que fija el interesado, el dictamen pericial propone dos puntos (1.555,01 €) por las cicatrices producidas por los portales artroscópicos de las que precisa que en ningún informe se describe que hayan quedado de aspecto patológico (queloides, hipertróficas, etc). En apoyo de dicha argumentación ha de añadirse que el Servicio de Rehabilitación del HUFJD hace constar en los informes posteriores a la intervención que las cicatrices portales de la artroscopia tienen buen aspecto, y que no hay tumefacción, ni deformidad.

Finalmente, el reclamante solicita 127.043,00 € por perjuicios patrimoniales: 114.894,00 € en concepto de daño emergente por rehabilitación ambulatoria y domiciliaria, y resto de supuestos del artículo 116.4; y 12.149,00 € en concepto de lucro cesante por ingresos netos anuales.

El artículo 116 de la Ley 35/2015, se refiere a la “Rehabilitación domiciliaria y ambulatoria” en los siguientes términos:

“1. Se resarce directamente al lesionado el importe de los gastos de rehabilitación futura que, por el correspondiente informe médico, precise el lesionado en el ámbito domiciliario o ambulatorio respecto de las secuelas a que se refieren las letras a), b) y c) del apartado 3 del artículo 113, después de que se produzca la estabilización.

2. La necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos de rehabilitación futura deberán acreditarse mediante el correspondiente informe médico desde la fecha de estabilización de las secuelas.

3. El importe máximo resarcible es el fijado en la tabla 2.C para este tipo de gastos.

4. El estado vegetativo crónico y tetraplejia igual o por encima de C4 se indemnizará hasta un máximo de trece mil quinientos euros anuales. Los casos en los que coincidan tetraparesias graves, secuelas graves de lenguaje y trastornos graves neuropsicológicos los gastos de rehabilitación futura se indemnizarán con un máximo de nueve mil quinientos euros anuales. El resto de supuestos se indemnizarán con un máximo de cinco mil ochocientos cincuenta euros anuales”.

Del tenor literal del precepto se desprende que la situación del reclamante no se corresponde con la descrita en el mismo por lo que tampoco tendría derecho a una indemnización por este concepto, a lo que cabe añadir que de acuerdo con el informe de Consultas Externas de Traumatología del HUFJD de fecha 26 de julio de 2016, en esa fecha el interesado ya había sido derivado a sala de Fisioterapia de Atención Primaria por algia no traumática.

En cuanto a los 12.149,00 € en concepto de lucro cesante por ingresos netos anuales, el dictamen pericial no incluye ninguna valoración por este concepto, y de nuevo, el reclamante no ha presentado documentación acreditativa que permita su reconocimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación orientativa del baremo de referencia no permite olvidar que dicho instrumento de valoración del daño está pensado para un supuesto distinto al de la responsabilidad sanitaria, cual es el propio de los accidentes de tráfico. Este matiz resulta especialmente relevante en los casos en los que los daños sufridos por quien reclama no estén expresamente previstos en el baremo, caso del paciente que acude a un centro sanitario con la expectativa de ver solucionado o al menos mitigado un problema de salud en este caso relacionado con su rodilla izquierda y, debido a un inexplicable descuido, es intervenido de la rodilla derecha.

Por ello, cabe apreciar, en adición a los conceptos anteriormente examinados, la generación de un daño moral adicional al reconocido en el baremo aplicado, que, atendidas las circunstancias del caso, puede cifrarse en 3.000 euros.

De esta forma, la suma de todos los conceptos apreciados se eleva a 16.252,21 euros. Esta cantidad deberá ser objeto de actualización en el momento del dictado de la resolución conforme al artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público – LRJSP-.

SÉPTIMA.- Resta analizar la reclamación del interesado referida a la falta de información y consentimiento relativo a la artroscopia, basada en que no firmó ningún consentimiento informado y no se le explicaron los riesgos de la intervención a la que iban a someterle, considerando que en este caso el consentimiento es de vital importancia, pues según le comunicó el facultativo en la consulta, la artroscopia se realizaría en la rodilla izquierda y no en la derecha.

Figura en el expediente remitido a esta Comisión documento de consentimiento informado para artroscopia de rodilla en el que figura el nombre y DNI del reclamante –paciente-, y del médico, “validado el día 25 de noviembre de 2016”.

A su vez, el informe emitido por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HUFJD con motivo de la reclamación de responsabilidad patrimonial, indica que “*lamentablemente*” no pudo recogerse el consentimiento informado en ese momento debido a que por un problema informático no funcionaba la “*tablet*” destinada a tal efecto y considera que por tanto, si se ofreció información que el paciente consideró suficiente en ese momento.

En este sentido, en el informe emitido por el facultativo el día 25 de noviembre de 2016 consta anotado “*Ofrezco CAR – cirugía de*

artroscopia- rodilla I. *El PAC –paciente- acepta. Pongo en LEQ –lista de espera quirúrgica- para CAR rodilla I. Pido PREOP completo. Pendiente de firmar CI. Pasarle el día de la cirugía”.*

De acuerdo con el contenido del citado informe, esta Comisión considera que puede entenderse acreditado que el interesado fue informado de la intervención propuesta por el facultativo y que la aceptó. El hecho de que el informe recoja que el consentimiento informado está pendiente de firma y que se entregará el día de la intervención, refuerza y hace que cobre veracidad la explicación ofrecida acerca del mal funcionamiento de la “*tablet*” que impidió que el documento fuera firmado.

Desde esta perspectiva, esta Comisión considera que, sin perjuicio del error a la hora de practicar la intervención, los deberes de información contemplados en la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica sí fueron observados.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, indemnizando al reclamante por los perjuicios derivados de la intervención quirúrgica realizada por error en la rodilla derecha, actuación contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, que se estiman en 16.252,21 euros. Esta cantidad deberá

ser objeto de actualización en el momento del dictado de la resolución conforme al artículo 34.3 de la LRJSP.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 6 de octubre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 437/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid