

En Logroño, a, 9 de marzo de 2011, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortíz Lallana y D. José M^a Cid Monreal así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero emite, por mayoría y con un voto particular, el siguiente

DICTAMEN

21/11

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. J. F. S., por los daños y perjuicios, a su juicio, derivados de la asistencia recibida en el Servicio Riojano de Salud, al practicarle una artroplastia de cadera.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

Mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2010, registrado de entrada en el Registro de la Consejería el 26 del mismo mes, D^a C. G. M., en representación de D. J. F. S., plantea reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria exponiendo:

“PRIMERO.- D. J. F. S., con fecha 8 de mayo de 2007, fue incluido en la lista de espera quirúrgica del Hospital San Pedro para una intervención de cadera izquierda, a instancia del Dr. R.. Acompañamos, como documento nº 1, resguardo justificativo facilitado al paciente.

El día 9 de octubre de 2007, el Sr. F. ingresa, por indicación del Hospital San Pedro, en la Clínica L. M. para ser intervenido de coxartrosis izquierda. Realizada la operación, es dado de alta el día 14 de octubre

El día 10 de noviembre de 2007 y al bajar de un coche y sin ninguna maniobra especial, sufrió una luxación de la cadera operada, dos personas llevan a mi representado a la Clínica L. M., considerando que es allí donde le atenderían, por haberle intervenido quirúrgicamente días antes.

En el Servicio de Urgencias de la Clínica L. M. le comunican que no le pueden atender, que debe acudir al Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro.

Una vez en el Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro, el Sr. F. queda ingresado, conduciéndolo al quirófano donde no consiguen reducir la luxación, por lo que le colocaron una tracción músculo esquelética y fue intervenido, el día 12 de noviembre, por parte del Dr. R., realizando recambio de la prótesis. Permaneció ingresado hasta el día 16 de noviembre, siendo remitido a su domicilio, recomendando curas continuas por la existencia de fistulización sangrante de herida quirúrgica, que duró más de 30 días. Las curas se realizaban por el Dr. R. en la Clínica L. M.

El día 17 de diciembre de 2007, mi mandante requiere apertura y revisión quirúrgica, que es realizada en la Clínica L. M., sufriendo una severa complicación, por lo que mi mandante es trasladado de urgencia al Hospital San Pedro. Siendo trasladado a su domicilio el día 23 de diciembre por hospitalización a domicilio. Durante mucho tiempo, el Sr. F. estuvo recibiendo curas diarias.

En febrero de 2008, el Dr. R. interesa del Servicio de Rehabilitación intensa rehabilitación. Iniciada la rehabilitación, si bien las primeras sesiones trascurrieron con normalidad, el día 4 de mayo de 2008, mi mandante tuvo que acudir al Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro por sufrir un tirón inguinal y dolores en la cadera donde ha sido intervenido. A partir de este momento, el Sr. F. acude en numerosas ocasiones a los Servicios de Urgencias y a diferentes servicios médicos.

El día 15 de mayo de 2009, el Dr. S., del Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital San Pedro, tras la exploración física y valoración de las pruebas complementarias, emite un informe en el que valora que la situación en la que se encuentra el Sr. F. es definitiva. Acompañamos copia del mencionado informe como documento n° 2. El dolor, la cojera y falta de estabilidad no han cesado en el día de hoy.

SEGUNDO. -La situación sufrida por mi mandante le ha provocado un trastorno adaptativo.

TERCERO. -A consecuencia de la situación descrita, mi mandante ha quedado incapacitado para la realización de su profesión habitual, de operario de un almacén de vinos. Por Resolución de 27 de mayo de 2009, a mi mandante le fue reconocida la pensión de incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual. Acompañamos, como documento n°3, copia de la Resolución dictada, el día 26 de mayo de 2009, por el INSS.

CUARTO. -A consecuencia de la asistencia recibida mi mandante ha sufrido daños y han quedado secuelas que afectan gravemente a su vida.

-Daños físicos: Coxalgia; Espondilalgia.

-Perjuicio dinámico y estético, derivado de alteraciones de la movilidad y de cicatrices y aspecto externo.

-Trastorno de adaptación relativo a la situación psicológica derivada de los resultados quirúrgicos, mala evolución del proceso y resultado final con la existencia de trastornos emocionales en respuestas a un acontecimiento estresante

-Largo periodo de curación: 575 días, 19 días de ingreso hospitalaria y 555 días con impedimento.

(...)

SEXTO.- De los hechos descritos y de los informes aportados, concluye que no se pusieron ni los recursos humanos ni los medios necesarios ni los recursos terapéuticos adecuados que eran exigibles. Existió un diagnóstico insuficiente que sí influyó en el desarrollo del proceso, de la misma forma ha existido un error de tratamiento, así como una negligente conducta en el personal

sanitario, que no actuó conforme hubiese sido exigible en las circunstancias que se presentaron, por lo que D. J. F. no recibió la atención que hubiera sido necesaria, a consecuencia de lo cual ha sufrido los daños y secuelas que hemos descrito.”

Segundo

Por escrito de 1 de marzo de 2010, la Sección de Recursos del Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Consejería se dirige a la Procuradora Sra. G. M. y le requiere para que, en el plazo de diez días, proceda a acreditar la representación del interesado, con la advertencia de que, si no lo hiciere, se le tendrá por desistida de la petición, previa resolución que se dictará al efecto.

El requerimiento es cumplimentado el siguiente día 8 acompañando poder notarial bastante.

Tercero

Mediante Resolución del Secretario General Técnico de la Consejería, por delegación del Consejero, de 9 de marzo de 2010, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día 26 de febrero anterior, fecha en que tuvo entrada el escrito de reclamación en la Consejería, y se nombra Instructora del procedimiento.

Por carta de fecha 9 de marzo, se comunica a la representante del interesado la iniciación del expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992.

Cuarto

Mediante comunicación interna de la misma fecha, la Instructora se dirige a la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja-Hospital San Pedro, solicitando cuantos antecedentes existan y aquellos datos e informes que estime de interés relacionados con la asistencia sanitaria prestada a D. J. F. S.; copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada exclusivamente; y, en particular, informe de los Facultativos intervinientes en la asistencia que se reclama. La solicitud es reiterada el 24 de mayo de 2010.

Quinto

En la misma fecha, la Instructora se dirige a la Clínica *L. M.* con similar requerimiento, añadiendo que, si la clínica tuviera suscrita póliza de seguro el día de los hechos, comunique también número de póliza, entidad aseguradora y su dirección.

Se informa asimismo al citado establecimiento de la existencia del expediente de responsabilidad patrimonial a los efectos de que, pudiendo resultar afectado en sus derechos o intereses legítimos por la resolución que se dicte, pueda comparecer en el mismo para ejercitar los derechos que le corresponden. La solicitud es reiterada el 24 de mayo de 2010.

Mediante escrito de 15 de septiembre, la clínica *L. M.* se persona en el expediente de responsabilidad patrimonial, por medio de procuradora.

Sexto

Mediante escrito de 1 de junio, la Gerencia de Área remite a la Secretaría General Técnica la documentación solicitada, que incluye la historia clínica del paciente y sendos informes de los Dres. D^a E. B. A., D. J. R. F., D. D. S. S., D. C. A. N. y D. F. A. B.

Séptimo

Mediante escrito de 7 de julio, la Instructora comunica la existencia del expediente a M. E., como aseguradora de la Clínica *L. M.*, a fin de que pueda comparecer en el mismo para ejercitar los derechos que le correspondan, al poder resultar afectada en sus derechos o intereses legítimos por la resolución que se dicte.

Octavo

Con fecha 7 de julio de 2010, la Instructora remite el expediente a la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones, a fin de que, por el Médico Inspector que corresponda, se elabore el pertinente informe.

Noveno

El Informe de Inspección, de fecha 22 de octubre de 2010, establece las siguientes conclusiones:

“1.- D. J. F. S. fue intervenido quirúrgicamente el 9 de octubre de 2007. Previamente, el día 8 de mayo de 2007, acudió a consulta con el Dr. R., momento en el que firmó un consentimiento informado para inclusión en lista de espera quirúrgica en el que, si bien no se citan expresamente los riesgos y complicaciones del procedimiento, en este caso, una artroplastia de cadera, sí que se menciona expresamente el hecho de que el Médico lo ha explicado al paciente.

2.- El día 10 de noviembre de 2007, D. J. F. S. sufre una luxación de la cadera intervenida, por lo que es nuevamente operado, realizándose un recambio de la cabeza de la prótesis, siendo dado de alta el paciente y precisando curas que se llevan a cabo en el Hospital San Pedro y en la Clínica L. M.

3.- El día 17 de diciembre, ante la sospecha de infección y con la presencia de hemorragia, se realiza una revisión quirúrgica de la prótesis, tras la cual se decide trasladar al paciente al Hospital San Pedro donde queda ingresado. La evolución es buena, siendo dado de alta al Servicio de Hospitalización a domicilio hasta que, tras una revisión en el Servicio de Traumatología y una vez suspendido el tratamiento endovenoso y subcutáneo, se da de alta al paciente.

4. No he encontrado evidencia de que, como afirma el reclamante, la luxación que sufre el paciente sea consecuencia de una incorrecta actuación de los profesionales sanitarios. Según la bibliografía consultada, la luxación es una de las complicaciones precoces más frecuentes de este procedimiento contribuyendo a este riesgo varios factores, pero siendo el principal la cirugía previa de cadera.

Las pruebas de imagen que aporta el expediente sirven al reclamante para justificar la afirmación de que la primera prótesis se colocó incorrectamente, apelando a la angulación de la extremidad, distinta en las dos radiografías. Por mi parte, no puedo estar de acuerdo con esta afirmación ya que otros factores imposibles de determinar a posteriori pueden haber influido, como el ángulo de incidencia o la postura del paciente.

Lo único que se puede afirmar es que se cambia la cabeza de la prótesis, pero, de este hecho, no se puede deducir que sea la elección del primer material protésico la responsable de la luxación.

5.- Tampoco he encontrado evidencia de que el paciente sufriera una coagulopatía como consecuencia del tratamiento administrado.

Al paciente se le administró heparina de bajo peso molecular tras cada una de las intervenciones a que fue sometido. Esta práctica es obligada, pues la enfermedad tromboembólica es la complicación más seria relacionada con la artroplastía total de cadera, y, a pesar de la movilización precoz y la profilaxis farmacológica, sigue constituyendo la causa más frecuente de muerte precoz. La heparina de bajo peso molecular es el fármaco de primera elección para la profilaxis de la enfermedad tromboembólica en pacientes sometidos a cirugía ortopédica, por lo que no puede haber ninguna duda sobre la idoneidad del tratamiento.

Tampoco las analíticas realizadas al paciente muestran la presencia de una coagulopatía y la presencia de una hemorragia en el contexto de una infección con cifras de plaquetas normales, me llevan a relacionar dicha hemorragia con la propia infección y no con el tratamiento con Hibor y/o Clexane

6.-En cuanto a la infección, de nuevo nos encontramos ante una complicación típica de cualquier cirugía sin que haya encontrado ninguna evidencia de que fue debida a una actuación incorrecta por parte de los profesionales sanitarios que atendieron al paciente.

7.-Es cierto que D. J. F. S. sufre varias complicaciones tras la cirugía (luxación, infección, anemia) y es cierto que el resultado final le deja con secuelas con un impacto sobre su situación sociolaboral que se traducen en un trastorno adaptativo. Sin embargo, dicho trastorno mejoró claramente tras tratamiento sin precisar seguimiento por psiquiatría, tal y como consta en la documentación aportada por el propio reclamante.

8.-Por último, no he encontrado evidencia documental de que el paciente fuera informado antes de ser sometido a la segunda y tercera intervención de cadera. Tampoco en los informes de los intervinientes se hace mención alguna a este aspecto del proceso. Aún teniendo en cuenta de que no he encontrado ninguna evidencia de que este hecho haya ocasionado ningún daño al paciente, no es

menos cierto que es un aspecto del proceso asistencial claramente mejorable”.

Décimo

Obra en el expediente un oficio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de fecha 8 de octubre, dirigido al Servicio Riojano de Salud, requiriendo la remisión del expediente y que la resolución administrativa que a tal efecto se dicte se notifique a cuantos aparezcan interesados en el mismo expediente.

En cumplimiento de lo requerido, con fecha 15 de octubre, el Secretario General Técnico de la Consejería emplaza como posibles interesados a la Clínica *L. M.* y a las Compañías Aseguradoras *Z. y M. E.*

Y, con escrito del siguiente 8 de noviembre, remite al Director General de los Servicios Jurídicos, para su remisión a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, copia compulsada del expediente en cuestión.

Décimo primero

Solicitado por la Aseguradora *Z.*, se incorpora al expediente dictamen médico de fecha 17 de noviembre que establece las siguientes conclusiones:

“1. D. J. F. S. fue operado el 9-10-07 de una coxastrosis izquierda, procediéndose a implante PTC. La evolución postoperatoria cursó con normalidad y fue dado de alta el día 14-10-07.

2.El 10-11-07, al salir de un coche, presenta dolor agudo en cadera izquierda e impotencia funcional. Es asistido en el H. San Pedro y diagnosticado de luxación PTC.

3.En el mismo día, se procede a intento de reducción cerrada, indicación según lex artis, bajo anestesia general, no consiguiendo la reducción por lo que queda ingresado. Colocan tracción músculo-esquelética para decontracturar la musculatura de la cadera.

4.El 12-11-07 se procede a reducción abierta, logrando reponer la cabeza en la cavidad cotiloidea. Se añade cambio de esfera de cabeza por el daño sufrido en la superficie de dicha esfera, por causa de rozamiento con el borde cotiloideo.

5.La pérdida de lisura, aunque microscópica, siempre es foco de metalosis, por lo que existe la indicación del cambio de cabeza por una nueva. La erosión del implante siempre hay que darla por supuesta, sea perceptible o no al ojo humano.

6.La evolución en el tiempo fue a la recuperación funcional con una flexión según se deduce de la historia clínica de 100°, abducción de 3°. En la exploración no existe sensación de movimiento de “pistón”.

7.En el análisis de toda la historia clínica se encuentra actuación según lex artis, tanto en el diagnóstico como en las actuaciones terapéuticas y seguimiento. No ha existido mala praxis, ni errores de orientación del implante.”

Décimo segundo

Mediante escrito de 24 de noviembre, la Instructora se dirige a la Procuradora del interesado, dándole trámite de audiencia, compareciendo ésta en el Servicio de Asesoramiento y Normativa el siguiente día 13 de diciembre y se le facilita copia de todos los documentos obrantes en el procedimiento.

Por escrito registrado de entrada el 20 de diciembre, se formulan alegaciones insistiendo en su pretensión inicial y adjuntando un anexo de matizaciones al informe pericial del Dr. D. A.G.

Asimismo, es puesto de manifiesto el expediente, a los mismos fines del trámite de audiencia, a la Clínica *L. M.* y la Aseguradora *M. E.*, sin que por ninguna se formulen alegaciones.

Décimo tercero

Con fecha 18 de enero de 2011, la Instructora del expediente emite Propuesta de resolución en el sentido de *“que se desestime la reclamación que, por responsabilidad patrimonial de esta Administración, formula D^a C. G. M., en nombre y representación de D. J. F. S., por haber prescrito la acción para reclamar y porque, en todo caso, el daño alegado, cuya reparación solicita, no puede ser imputado al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios, al haber sido la asistencia sanitaria prestada totalmente adecuada a lex artis”*.

Décimo cuarto

El Secretario General Técnico, el día 18 de enero, remite a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe es emitido en sentido favorable el día 20 de enero de 2011.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 20 de enero de 2011, registrado de entrada en este Consejo el 26 de enero de 2011 el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de 26 de enero de 2011, registrado de salida el día 27 de enero, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limitaba la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 euros. La cuantía ha sido elevada a 6.000 euros por Ley 5/2008.

Al ser la cuantía de la reclamación superior a dicha cifra, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LRJ-PAC) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que de cualquier modo se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Lo anterior es también predicable, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, si bien, como ya dijimos, entre otros, en nuestro Dictamen 3/07, *“la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo”*.

Y, en nuestro Dictamen 29/07, en la misma línea, mantuvimos que los parámetros bajo los que se han de enjuiciar los criterios de imputación del daño a la Administración Sanitaria son el de la *lex artis ad hoc* y el de la existencia del *consentimiento informado*, distinguiendo *“si el daño es imputable a la actuación de los servicios sanitarios, por existir un funcionamiento anormal que contraviene los postulados de la lex artis ad hoc o por privar al paciente de su derecho de información o si, por el contrario, el resultado*

dañoso ha de ser soportado por éste quien, conocedor de los posibles riesgos, ha prestado voluntariamente su consentimiento”.

Tercero

Sobre la posible prescripción

Según los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4.2 del Real Decreto 429/1993, regulador de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, empezando a computarse el plazo, tratándose de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

Somos conscientes de la dificultad de determinar, en los supuestos de responsabilidad sanitaria, el *dies a quo*, especialmente cuando, por la gravedad o carácter, permanente o continuado de los daños, no hay recuperación íntegra de la salud, lo que impone mantener un tratamiento continuado del paciente, pero ello no es obstáculo para que puedan considerarse estabilizados los efectos lesivos y, por tanto, nacido el derecho a reclamar y se inicie el cómputo del término prescriptivo.

En ese sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2009, dice que *“en supuestos como el presente, debido a la gravedad de las secuelas o lesiones permanentes el perjudicado necesita de un tratamiento continuado después de la determinación del alcance de las lesiones, pero ello no significa que las secuelas no estén consolidadas, es decir, que no se conozca el alcance del resultado lesivo producido, momento en el que se inicia el cómputo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, conforme al tenor del art. 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De no ser así, la acción de indemnización se podría ejercitar de manera indefinida, lo que es contrario al precepto legal mencionado y al principio de seguridad jurídica proclamado en el art. 9.3 de la Constitución Española”.*

Coincidimos con la Propuesta de resolución en que, en el caso que ahora dictaminamos, la acción ha prescrito por plantearse la reclamación transcurrido más de un año desde que, según datos objetivos del expediente, pudieron considerarse estabilizadas las secuelas de las intervenciones quirúrgicas practicadas al reclamante.

En efecto, el escrito planteando la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria se registra de entrada en la Consejería de Salud el 26 de febrero de 2010, por lo que deberá considerarse prescrita la acción si la estabilización y consiguiente conocimiento del alcance de las secuelas era anterior al 26 de enero de 2009.

Y, en opinión de este Consejo, coincidente con el de la Propuesta de resolución, debe considerarse *dies a quo* el 24 de julio de 2008, fecha en que se pone término al tratamiento rehabilitador prescrito, tras intentar una última tanda en un intento de aliviar las molestias por lumbalgia. En la nota del Rehabilitador correspondiente a la expresada fecha, se hace constar “*no es posible (no mejora, no hemos conseguido adherencia a tratamiento en última tanda, añadida lumbalgia), alta de tratamiento y consulta*”.

Los episodios posteriores se limitan a consultas y pruebas relacionadas con molestias o dolores (coxalgia y espondilalgia), que han de considerarse crónicas, independientemente de presentarlas ya antes de la primera intervención. Así, en diciembre de 2008, es visto en el Servicio de Urgencias, objetivándose tan solo una limitación de la movilidad de la cadera izquierda y se pautó tratamiento analgésico. El 18 del mismo mes, se solicita gammagrafía ósea para descartar un aflojamiento de la prótesis, prueba que, por no ser concluyente, se pide por segunda vez el 26 de marzo; el resultado de esta última prueba descarta la movilidad protésica y no muestra cambios respecto de la anterior, por lo que, ante la persistencia de clínica álgica, se solicita valoración por el Dr. S.

Esta valoración, que obra al folio 19 del expediente, aportada por el reclamante, concluye que “*la situación actual hay que considerarla como definitiva*”.

Si bien este informe de consulta externa del Dr. S. es de fecha 15 de mayo de 2009, no hace sino confirmar resultados de pruebas anteriores, sin que presente novedad alguna sobre el diagnóstico y resultados de las practicadas en diciembre de 2008, anteriores por tanto al *dies a quo* límite, según antes hemos expuesto.

Entendemos, en síntesis, que las secuelas de las intervenciones quirúrgicas y tratamiento llevados a cabo en el Sistema Riojano de Salud ya estaban consolidadas y estabilizadas cuando se puso fin al tratamiento rehabilitador, lo que hubiera permitido plantear la reclamación desde el 24 de julio de 2008.

Tampoco puede impedir que consideremos prescrita la acción el hecho de que la Resolución de la Dirección Provincial del INSS, por la que se declara al reclamante afecto de una incapacidad permanente en grado de total para la profesión habitual, sea de fecha posterior del repetido *dies a quo*, dada la distinta y específica finalidad que persigue un expediente de incapacidad permanente, que es la de determinar la aptitud laboral y presupone, por definición, que las secuelas están ya estabilizadas.

No obstante, este Consejo no desconoce que cierta jurisprudencia (cfr. STS, Sala 1ª, de 7 de octubre de 2009 y las citadas en ella) ha optado por fijar el *dies a quo* en el momento de la firmeza de la declaración de invalidez, por lo que, *ad cautelam*, entraremos al fondo del asunto en el Fundamento de Derecho siguiente.

Cuarto

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en el supuesto de no haber prescrito la acción.

En principio, la reclamación no parece fundarse en la falta o insuficiencia del consentimiento informado a que alude, más que la propia reclamación, el informe pericial del Dr. G. G. aportado por el interesado, que considera insuficiente (“*no dice nada*”) el documento de inclusión en lista quirúrgica de espera en el que, firmado por el paciente, se recoge: “*explicándole las posibles alternativas terapéuticas a su padecimiento, riesgos, complicaciones, resultados y secuelas, aconsejándole el tratamiento quirúrgico*”.

Insiste el citado perito en la falta de consentimiento en la intervención de recambio de la prótesis y en la tercera cirugía por sangrado y coagulopatía. Sin embargo, en estos dos casos constan en el expediente los documentos de consentimiento informado para la anestesia de ambas intervenciones.

Como hemos tenido ocasión de recordar en nuestro Dictamen 86/2010, la exigencia de forma escrita para el consentimiento informado tiene la consecuencia, según reiterada jurisprudencia, de invertir la regla general sobre la carga de la prueba, de forma que, caso de no existir el documento escrito suscrito por el paciente, será la Administración quien haya de acreditar que ha proporcionado a éste toda la información necesaria para, libremente, conocedor de las ventajas e inconvenientes, adoptar su decisión.

En el caso sometido a dictamen, independientemente de que el reclamante no parece derivar responsabilidad de la Administración Sanitaria por la ausencia de consentimiento informado, sino por una mala praxis médica, entendemos que existen suficientes elementos de juicio para considerar que fue debidamente informado y prestó conscientemente su consentimiento a las intervenciones programadas.

La firma por el paciente de los tres documentos antes mencionados, inclusión en lista de espera quirúrgica y sendos consentimientos para la anestesia en las dos siguientes intervenciones, dan credibilidad a lo afirmado por el Dr. R. en su informe (folio 68), en el que se hace constar: “*el paciente ha estado informado en todo momento de su situación clínica, de las intervenciones que se le han realizado y el porqué se le ha realizado, así como las actuaciones médicas, tanto a él como su familia*”.

La Propuesta de resolución cita, en este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) de la Audiencia Nacional, de 17 de diciembre de 2003, según la cual, “*no puede desconocerse que, si se informó de los riesgos de la anestesia, la información debió extenderse, aunque fuera de modo somero, sobre la intervención que se pretendía practicar*”. La Sentencia nº 33/2004 de 22 de marzo, del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 2 de Pamplona, en un supuesto de ausencia de documento de consentimiento informado para la intervención quirúrgica, constando sin embargo la autorización correspondiente para la administración de anestesia, considera,

manteniendo similar doctrina, que no resulta aceptable “*que una persona pueda autorizar la anestesia a aplicar en una intervención quirúrgica, sin que al mismo tiempo autorice ésta, y que además desconozca los pormenores de la misma*”.

Centrándonos, por último, en la adecuación a la *lex artis ad hoc* de las intervenciones quirúrgicas practicadas y tratamiento pautado, entendemos que no hay prueba concluyente de que se haya incurrido en infracción alguna de aquélla, resultando bastante más convincentes que el informe pericial del Dr. G., Master en Valoración del Daño Corporal, los de los Facultativos intervinientes en las prestaciones sanitarias prestadas, el de la Inspección médica y los de los Dres. R., M. y R., Especialistas, respectivamente, en Traumatología y Ortopedia, Cirugía General, Traumatología y Ortopedia y Cirugía Plástica y Reparadora.

En cuanto a la primera intervención por coxartrosis izquierda, realizada el día 9 de octubre de 2007, en la que se le implanta una prótesis total de cadera, según todos los datos obrantes en el expediente, fue correcta en su diagnóstico, ejecución y tratamiento. La evolución postoperatoria cursó con normalidad y fue dado de alta el siguiente día 14.

Sin embargo, el día 11 de noviembre, ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital *San Pedro* por luxación de cadera izquierda, que se produce al salir de un automóvil, según manifestación del propio interesado que dice haber notado, en ese momento, un fuerte dolor en la cadera izquierda y no la puede mover. Al no tener éxito el intento de reducción cerrada, se procede, el día 12, a reducción abierta, realizándose un recambio de la cabeza de la prótesis, siendo correcta la evolución posterior y es dado de alta el 16 de noviembre. El 17 de diciembre, ante la posibilidad de una infección, por presentar un trayecto fistuloso en la cicatriz quirúrgica, se procede a revisión de la zona de cicatriz, con resección de todo el tejido sospechoso. La evolución posterior también es correcta y dado de alta, derivado a Hospitalización a Domicilio, el día 29 de diciembre.

El riesgo de esta segunda complicación, la infección, es típica de cualquier cirugía, sin que haya siquiera indicios de que fuera debida a una actuación incorrecta por parte de los profesionales sanitarios que atendieron al paciente.

Y, por lo que se refiere a la luxación de cadera, todo parece indicar que no puede imputarse a una colocación incorrecta de la prótesis implantada en la primera intervención. En efecto, según la literatura médica, la luxación es una de las complicaciones precoces más frecuentes de la artroplastia total de cadera, con una incidencia de entre 0-10%; es la segunda complicación más frecuente después del aflojamiento aséptico.

Tal complicación se debe, en un 10% de los casos, a causas posicionales y el hecho de que el interesado sintiera el dolor al salir de un coche nos confirma que, en este supuesto, esa fue la causa determinante de la complicación, no una incorrecta actuación de los profesionales sanitarios.

Precisamente, el riesgo de tal complicación determina que las recomendaciones a pacientes operados de prótesis de cadera sean prolijas y detalladas, tales como evitar caminar por terreno irregular y los ejercicios de impacto como salto y carrera, evitar movimientos que fuerzen el encaje protésico, no cruzar las piernas por al menos ocho semanas, no inclinarse hacia delante mientras está sentado, usar sillas más altas que el promedio, usar un suplemento para elevar la altura del inodoro, etc. En concreto, por lo que se refiere a la posibilidad de viajar en coche, la Guía de la Comunidad de Madrid de recomendaciones al paciente de prótesis de cadera indica no hacerlo en las seis primeras semanas, salvo que sea imprescindible; evitar viajes largos y descansar cada hora; y, para entrar en el coche, colocar un cojín en el asiento para estar más alto, entrar de espaldas al asiento, estirar la pierna operada y bajar lentamente hasta sentarse; luego girar el cuerpo y ponerse de frente.

Tenemos, en definitiva, la convicción de que todas las actuaciones diagnósticas, quirúrgicas y de tratamiento se ajustaron a una correcta praxis, siendo las complicaciones surgidas con posterioridad a la primera intervención o bien típicas de cualquier cirugía, no imputables a la asistencia prestada, o causadas por hechos que interfieren en el nexo causal, como es la posición que adopta el paciente al descender de un vehículo, bien sea un aumento de la flexión de la cadera por tratarse de asiento bajo, bien una posición de rotación interna forzada.

CONCLUSIONES

Única

La acción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria ha de considerarse prescrita.

En todo caso, procedería desestimar la reclamación planteada por no concurrir criterio positivo alguno de imputación de responsabilidad a los servicios Públicos Sanitarios al ajustarse su actuación rigurosa y estrictamente la *lex artis ad hoc*.

VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL CONSEJERO D. JOSÉ M^a CID MONREAL

Sin disentir de la opinión del resto de mis compañeros, respecto a la desestimación de la reclamación interpuesta por el Sr. F. S., por las razones que constan en el cuerpo del dictamen, en cambio y con el mayor respeto hacia la opinión del resto de Consejeros, sí

que debo hacerlo respecto a la consideración de la prescripción de la reclamación efectuada, pues, con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el instituto de la prescripción extintiva supone una limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la certidumbre y la seguridad jurídica, no fundada en razones de justicia intrínseca y que, por constituir una manera anormal de extinguir el derecho o la acción, debe merecer un tratamiento restrictivo y, por ello, los tribunales tienen a llevar a cabo una reinterpretación del artículo 1973 del Código Civil, más acorde a la realidad social y al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, siguiendo una interpretación amplia y flexible de las causas que determinan la interrupción del plazo prescriptivo. Precisamente como consecuencia de lo anterior, se considera que la interrupción de la prescripción debe corresponderse con un comportamiento positivo que exteriorice la voluntad del agente de ejercer o conservar su derecho.

A tenor de lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, salvo disposición contraria, se contará desde el día que pudieron ejercitarse. Luego, lo relevante, es la determinación del día que pueda servir de inicio para el cómputo del plazo, y, en asuntos similares al objeto de este dictamen, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por ejemplo en su Sentencia de 8 de octubre de 2009, establece lo siguiente:

“...Lo que se debate en este recurso es, en suma, si esa jurisprudencia indiscutida de esta Sala permite o no considerar que el indicado plazo no comienza a correr hasta la definitiva e inamovible determinación del grado de incapacidad del perjudicado por los órganos administrativos competentes o, en su caso, por el orden jurisdiccional social. Pues bien, la respuesta ha de ser afirmativa y por tanto favorable al recurrente.”

Con mayor claridad aún, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2010 establece lo siguiente:

“...En relación con el plazo de prescripción para la reclamación por responsabilidad civil en materia de accidentes de trabajo, esta Sala ha reiterado que cuando se ha iniciado expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias y repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador, solo entonces se dispone de un dato que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido (SS. T.S. de 22-XI-1999, 21-XII-1999, 1-II-2006, 20-IX-2006, 7-II-2007, etc.)”.

Por lo tanto, y no existiendo razón alguna para no extender la anterior doctrina, a aquellos casos en los que existe expediente para dirimir el grado de afectación de la capacidad laboral del reclamante, si bien por causa de enfermedad común y no de accidente laboral, y como quiera que consta en el expediente remitido a este Consejo Consultivo que, en fecha 27 de mayo de 2009, se le reconoció la situación de incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual, ésta es la fecha, a mi juicio, que debe tenerse en cuenta como *dies a quo* y, por lo tanto, al haberse interpuesto la reclamación en fecha 22 de febrero de 2010, la misma se encontraba dentro del plazo de 1

año previsto en el artículo 4.2 del Real Decreto 429/1993 y, en consecuencia, el derecho a reclamar no había prescrito.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero