En Logroño, a 4 de octubre de 2024, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de las Consejeras D.ª Ana Reboiro Martínez-Zaporta, y D.ª M.ª Belén Revilla Grande, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D. José Ignacio Pérez Sáenz, emite, por unanimidad, el siguiente

**DICTAMEN**

**52/24**

Correspondiente a la consulta formulada por la Excma. Sra. Consejera de Salud y Políticas Sociales en relación con la *Responsabilidad patrimonial sanitaria derivada de operación quirúrgica de rodilla derecha (60.000 euros).*

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Antecedentes del asunto

La Consejería de Salud y Políticas sociales del Gobierno de La Rioja ha tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que resultan los siguientes antecedentes de interés.

### Primero

**1.** Mediante escrito fechado el 11-1-2024 y sellado de entrada de Registro electrónico del Gobierno de La Rioja en la misma fecha, la Sra. X, expuso en su escrito de reclamación, que:

-**El 27-07-2021**, la suscribiente ingresa de forma programada en el HDQ (Hospital de Calahorra), para someterse a una operación de prótesis total de rodilla (PTR) derecha tras ser diagnosticada de gonartrosis derecha.

-Las intervenciones quirúrgicas (IQ) a las que se había sometido la suscribiente eran las siguientes: colecistectomía; fístula anal; exéresis de quiste sebáceo en espalda; artroscopia rodilla derecha; exéresis de Morton en pie derecho; y prótesis total de rodilla (PTR) izquierda.

-La operación PTR derecha en cuestión se llevó a cabo bajo anestesia regional, realizándose una artroplastia total de rodilla derecha sin incidencias. Asimismo, se realiza bloque inguinal con ropivacaína al 0,35%.

-El 29-07-2021, dos días después, la suscribiente es orientada por escrito con pautas y ejercicios para

su recuperación: marcha con dos muletas, subida y bajada d escaleras y crioterapia final.

-El 10-08-2021, se le retiran las grapas alternas.

-El 06-09-2021, el informe de evolución médica del CEX pone de manifiesto que residualmente parece haber un valgo postquirúrgico, no justificado ni es protocolo ni en rayos x postquirúrgica. Asimismo, la paciente presenta un chasquido que parece subluxación de patela a lateral, aunque la movilidad es completa y no tiene dolor.

-El 03-11-2021, vuelve a consulta. A la marcha se valguiza enormemente, haciendo que falle en la fase de apoyo. Los rayos x muestran que el corte tibial no está valgo, sino discretamente varo.

-**El 01-12-2021** se somete a un ingreso de cirugía de revisión en el que bajo anestesia regional se realiza un recambio de PTR derecha, recambio de prolietileno por uno de 12 mm, reinserción de complejo capsuloligamentoso medial con dos grapas y apertura de alerón externo. Ortesis estabilizadora varo valgo con articulación monocentrica 6 semanas, graduado de 0 a 90º.

-El 03-12-2021, segundo día PTR derecha inestable con dolor controlado, se da el alta a domicilio a la paciente.

-El 15-12-2021, no se presentan signos de infección, dándole de alta en curas ese mismo día.

-El 13-01-2022, la paciente sigue notando subluxación al apoyo. Esto conlleva a la médica a la solicitud de una segunda opinión.

-**El 21-06-2022** la paciente se somete a una tercera intervención quirúrgica. En este caso se lleva a cabo un cambio de PTR por una Rptating Femur D con Vástago 15, Plástico 20, Patela 29. Esta intervención conlleva una evolución lenta y mejoría en líneas generales.

-**El 25-08-2022** la paciente acude a revisión, en la que se observa que en cuanto a la fuerza y movilidad sí que se han conseguido los objetivos pero que la paciente sigue presentando bamboleo en valgo y varo de la rodilla al cargar peso sobre ella. En la actualidad sigue requiriendo ayuda de muleta para caminar.

Finaliza el relato de los hechos de su escrito de reclamación y al objeto de esquivar una posible prescripción, expresando lo siguiente:

*"-Dado que la última intervención a la que se ha sometido la suscribiente tuvo lugar el 21 de junio de 2022, y posteriormente a ella se han seguido llevando a cabo revisiones en las cuales se ha puesto de manifiesto la necesidad de someterse a una nueva intervención al continuar con cojera y necesidad de asistirse con dos muletas (Se adjunta el* ***último informe médico como DOC 1****).*

*-Dada la fecha del mismo se puede observar que la Sra. X se encuentra dentro del plazo de un año legalmente previsto para llevar a cabo la reclamación".*

**2.** La reclamante afirma que los hechos arriba indicados suponen una actuación médica que privó a la paciente de determinadas expectativas de curación y en consecuencia en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad que ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS, *"es posible afirmar que la actuación médica privó al*

*paciente de determinadas expectativas de curación que deben ser indemnizadas".*

**3**. La indemnización se establece en la suma de 60.000 euros, sin especificación alguna de la valoración.

**4**. A su reclamación el interesado acompañó la documentación que tuvo por conveniente, consistente fundamentalmente en documentación de la Fundación Hospital de Calahorra y del Complejo Hospital San Millán-San Pedro, sin informe de perito o especialista que avale su reclamación.

**Segundo**

El 12 de enero de 2024, el Sr. Secretario General Técnico de la Consejería consultante dicta Resolución por la que se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y se nombra Instructor del expediente.

**Tercero**

1. Mediante escrito de 16 de junio de 2024, el Sr. Instructor del expediente le comunica al reclamante diversa información relativa a la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

2. Ese mismo día, requirió a la Dirección del Área de Salud del Hospital de San Pedro (HSP), y al Director Gerente de la Fundación Hospital de Calahorra, cuantos antecedentes y datos existieran relativos a la atención prestada al paciente, su historia clínica -relativa *exclusivamente* a la asistencia objeto de la reclamación-, y los informes de los facultativos intervinientes sobre la asistencia dispensada.

3. Con fecha 22 de enero de 2024, se remite al Servicio riojano de salud, acuse de recibo de AON, póliza 167131, Aseguradora RELYENS MUTUAL INSURANCE.

4. Con fecha El 29 de enero de 2024, se remite por la citada Área de Salud del HSP, la siguiente documentación que obra en el expediente: Copia de la historia clínica a la que se le incorpora el informe del **Dr. X** del Servicio de traumatología, de 26 de enero de 2024.

En dicho informe expone:

*"Paciente remitida desde el FCH por inestabilidad en rodilla derecha tras IQ de PTR el 27/06/2021 y reintervenida con ligamentoplastia y cambio de polietileno el 1/12/2021 en dicho hospital.*

*Tras la exploración de la paciente sigue presentando inestabilidad en rodilla derecha por la que se propone recambio de PTR e implante de una artroplastia constreñida que aporte estabilidad. Dicha intervención se realiza el 21/06/2022 sin incidencias.*

*A día de hoy la paciente sigue presentando inestabilidad a pesar del tipo de prótesis y se propone nueva intervención para su corrección retirando grapas de anterior intervención y aumento de espesor del polietileno. Dicha intervención está a día de hoy pendiente de realizar".*

5. Con fecha 16 de febrero de 2024, se remite el informe solicitado al Director gerente de la Fundación Hospital de Calahorra (FCH), firmado por la Dra. Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, **Dª Y**, de fecha 9 de febrero de 2024, junto a la historia clínica de la paciente, en relación a los extremos solicitados.

Un extracto del informe expresa:

***"Durante todo el proceso la paciente ha sido atendida con diligencia y aportándose todos los recursos disponibles por parte de todos los profesionales que le han atendido. No se puede objetivar ningún fallo en dicha atención, ni en tiempo ni en forma, no pudiéndose relacionar el resultado con ningún acto clínico por acción o por omisión.***

*La complejidad de la técnica realizada (como expone el consentimiento aportado) y las características individuales de cada paciente son relevantes en la evolución del proceso, habiendo factores, como digo individuales, sobre los que la actividad médica no puede actuar siempre.*

*La paciente recibió una adecuada atención en nuestro centro en todo momento y por parte de todos los profesionales que le atendieron y realizaron las exploraciones adecuadas, se indicó el seguimiento oportuno de acuerdo con los hallazgos de las mismas, Actuándose en todo momento por tanto conforme a la* lex artis *establecida".*

## Cuarto

El 21 de febrero de 2024, la SGT de la Consejería de Salud y Políticas Sociales, solicita que, la Inspección médica elabore informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación de X, con el fin de facilitar la propuesta de resolución.

## Quinto

Seguidamente, consta en el expediente el informe de la aseguradora del SERIS, emitido el 25 de febrero de 2024 por CRITERIA, realizado colegiadamente por los Doctores, D. F, Especialista en Cirugía General y Cirugía Ortopédica y Traumatología y D. Z, Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Gregorio Marañón, que, tras un detallado examen de la asistencia dispensada al paciente establece las siguientes conclusiones:

*"1. La paciente como factor de riesgo presenta una obesidad exógena.*

*2. La gonartrosis bilateral en varo severo que la paciente presentaba, la única solución terapéutica era la cirugía al haber fracasado la terapia conservadora.*

*3. Se intervino primeramente la rodilla izquierda, que tuvo una inestabilidad postoperatoria que se corrigió con Fisioterapia.*

*4. Posteriormente se interviene la rodilla derecha, presentando igualmente una inestabilidad postoperatoria que no cede con Fisioterapia.*

*5. Se decide efectuar un recambio del polietileno, no de la prótesis y actuar sobre el ligamento lateral medial y a pesar de este tratamiento persiste la inestabilidad de causa desconocida.*

*6. Ambas cirugías efectuadas se realizar según lex artis.*

*7. Se solicita una segunda opinión en un hospital de referencia de Unidad de Rodilla.*

*8. La valoración en esta Unidad es de una movilización aséptica de la artroplastia (prótesis) por lo que se decide el recambio protésico por una artroplastia más estabilizadora. Se actúa quirúrgicamente según lex artis.*

*9. A pesar del recambio persiste la inestabilidad y se aconseja recambiar el polietileno y extraer las grapas de la segunda cirugía, encontrándose pendiente esta cirugía.*

*10. Atendidas las anteriores consideraciones y dada la inmediatez con la que surgió la inestabilidad de la artroplastia, de etiología desconocida, cabe afirmar que la inestabilidad de la prótesis guarda una relación de causalidad íntima y directa con la intervención que le fue practicada y el factor de riesgo que tiene la paciente, pues esta inestabilidad es clínica con estudios complementarios negativos.*

*Ahora bien, hay que señalar igualmente que dichas secuelas no pueden ser imputada, como pretende la demanda, a una asistencia inadecuada por parte de los profesionales del sistema sanitario público, que intervinieron en la asistencia a la reclamante.*

*Por el contrario, su actuación y posteriormente el control postoperatorio en el sistema público, al utilizar los recursos que en cada momento el estado de aquel demandaba, fue correcta y conforme con las exigencias de la lex artis profesional, y lo fue por las siguientes razones:*

*-Porque la cirugía, estaba indicada en este caso.*

*-Porque la intervención contaba con información.*

*-Porque el acto quirúrgico se desarrolló sin incidentes desde un punto de vista técnico.*

*-Porque las complicaciones surgidas han supuesto la materialización de varios de los riesgos del procedimiento que, aunque infrecuentes, está profusamente documentados en la literatura científica, y cuya aparición es imprevisible e inevitable según el estado actual de la ciencia médica.*

## Sexto

Con fecha 24 de mayo de 2024, consta en el expediente el informe de la Inspección médica, emitido por la Dra. G, cuyas conclusiones, en base a los hechos y a la bibliografía consultada, son los siguientes:

*"1. X fue intervenida para colocación de prótesis total de rodilla derecha en el Hospital Fundación de Calahorra. Presentó inestabilidad medial en carga de rodilla derecha postquirúrgica.*

*2. La asistencia prestada a X y su seguimiento, por parte de los servicios de Traumatología del Hospital de Calahorra y del Hospital Universitario San Pedro y del Sº de Rehabilitación del Hospital de Calahorra pueden considerarse diligentes y las actuaciones diagnósticas y terapéuticas que se le plantearon a lo largo del proceso asistencial, adecuadas a la patología que presentaba y a los protocolos de práctica clínica existentes en la literatura científica, considerando que:*

*• La indicación de PTR derecha fue correcta, la técnica quirúrgica fue acorde con los protocolos de praxis quirúrgica para este tipo de intervención, cursó sin incidencias.*

*La paciente fue informada respecto a dicha cirugía y firmó el documento de Consentimiento Informado.*

*• Tras la cirugía se realizó movilización y rehabilitación precoz, con inicio intra hospitalario.*

*• Identificado en primera revisión postquirúrgica en la consulta de Traumatología valgo postquirúrgico, no justificado ni en el protocolo quirúrgico, ni en radiografía postquirúrgica, se comprobó mediante /radiografía de rodillas en carga el 17/09/2021 la correcta posición de la PTR bilateral. Se abordó inicialmente con recomendación de rodillera de centrado rotuliano y rehabilitación con ejercicios de potenciación muscular.*

*• Tras tratamiento en el Sº de Rehabilitación, se consiguió balance muscular estable, así como movilidad de flexoextensión, por lo que fue dada de alta de fisioterapia, pero ante la persistencia de valgo a la bipedestación que empeoraba a la deambulación, se solicitó por parte de dicho servicio adelantar revisión con Sº de Traumatología.*

*• Valorada en la consulta externa del Sº de Traumatología, la Dra. Y comprobó la existencia de inestabilidad en valgo, por lo que planteó a la paciente la revisión protésica por inestabilidad y el 08/11/2021 X firmó el documento de Consentimiento informado para la realización de dicho procedimiento. Se realizó recambio de la pieza de polietileno de 10mm implantada en el acto quirúrgico previo de colocación de PTR derecha por polietileno 12 mm y reinserción de ligamento lateral interno en meseta tibial interna, indicado para corregir el valgo y la estabilización, quedando la rodilla derecha estable en flexoextensión.*

*En enero de 2022, la Dra. Y solicitó segunda opinión al Sº de Traumatología del HUSP, por persistencia de inestabilidad de rodilla derecha de la paciente. En dicho servicio, comprobada lo existencia de inestabilidad de rodilla derecha, se le propuso como tratamiento recambio de PTR y colocación de una artroplastia constreñida, con el fin de aportar estabilidad. La paciente firmó el día 19/01/2022 Los documentos de consentimiento 'informado para inclusión en Lista de espera quirúrgica, recambio de PTR y recepción -trasplante de tejido osteotendinoso.*

*• El 21/06/2022 se realizó cambio de PTR derecha por una prótesis ROTATING (procedimiento indicado en la revisión de una PTR complicada con inestabilidad en varo -valgo. La cirugía cursó sin incidencias.*

*• Recibió tratamiento fisioterápico en el Sº de Rehabilitación del HdC desde el 06/07/2022 hasta el 25/10/2022, fecha en la que fue dada de alta de dicho servicio, dado que su situación funcional se hallaba estabilizada, presentando buen balance articular y muscular.*

*• Realizada revisión en el Sº de Rehabilitación del HdC el 02/02/2023, se constató situación funcional estabilizada, buen balance articular y muscular, valgo de rodilla, por lo que se le indicó seguir con ejercicios poro domicilio y las indicaciones del Sº de Traumatología de HSP.*

*• X fue atendida en la consulta externa del Sº de Traumatología del HUSP por el Dr. X el 27/07/2022, 29/09/2022, 23/02/2023 y 30/03/203. EL 30/03/2023 persistía inestabilidad de rodillo derecha, por lo que el Dr. X propuso a la paciente inclusión en Lista de espera quirúrgica para recambio de polietileno y extracción de grapas.*

*• Fue atendida en el Sº de Traumatología, para tercera opinión por el Dr. V, quién tras realizar exploración física, pruebas complementarias (radiografía simple y tomografía computerizada) constató corte tibial a 89º (no valgo) y rotación de componentes protésicos adecuado en TAC. Concluyendo que la paciente presentaba rodilla completamente estable en plano mediolateral y anteroposteriar, no impresionando de un problema de estabilidad protésica.*

*3. Previo a la cirugía de artroplastia total de rodilla derecha, X presentaba antecedentes médicos (obesidad grado 11, diabetes tipo 2, prótesis total de rodilla (controlateral previa), que, de acuerdo con la Literatura científica, son factores de riesgo conocidos para la presentación de complicaciones en el desarrollo de dicha cirugía en general y de lo existencia de inestabilidad articular de rodilla tras la cirugía, en particular.*

*4.* ***La artroplastia total de rodilla es una técnica con unos resultados excelentes, en cuanto a recuperación de la funcionalidad de La articulación de La rodilla y mejora de la sintomatología. No obstante, a pesar de los avances técnicos en cuanto a material protésico y técnicas quirúrgicas, de la correcta indicación de su colocación y de la praxis quirúrgica adecuada, no está exenta de complicaciones.***

*5. A X, Los correspondientes facultativos que intervinieron en su proceso asistencial, le plantearon y explicaron las diversas alternativas de tratamiento a las que fue sometida, así como las posibles complicaciones derivadas de ellas y firmó el documento de Consentimiento informado para todas las actuaciones quirúrgicas que se realizaron a to largo de su proceso asistencial.*

*Conclusión final:*

*Considerando los datos recogidos en la historia clínica de X y la bibliografía científica consultada, la actuación de los profesionales del Servicio Riojano de Salud, que intervinieron en el proceso asistencial a que hace referencia la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada****, puede considerarse ajustada a la*** **lex artis ad hoc***".*

## Séptimo

Concluida la fase de instrucción, se concedió trámite de audiencia a la reclamante mediante escrito de 29 de mayo de 2024, figurando acuse de recibo de fecha 5 de junio de 2024.

Durante este trámite, también se advirtió de la posibilidad de solicitar remisión de la documentación obrante en el expediente.

Transcurrido el plazo concedido no se hizo uso de las citadas facultades.

**Octavo**

En fecha 13 de agosto de 2024, se formula la Propuesta de resolución en el sentido que se desestime la reclamación porque "*el daño alegado, cuya reparación se solicita, no puede ser puesto a cargo del funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios"*.

**Noveno**

La Secretaría General Técnica de la Consejería actuante, el día 14 de agosto de 2024, remite a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe es emitido, en sentido favorable a la Propuesta de resolución, el día 23 de agosto de 2024.

## Antecedentes de la consulta

**Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 26-08-2024, registrado de entrada en este Consejo el mismo día, la Consejería de Salud y Políticas Sociales, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

**Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 03-09-2023, procedió, en nombre de dicho Consejo, 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 correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero

### Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

La reclamante interesa una indemnización superior a 50.000 euros (en concreto, 60.000 euros), por lo que nuestro dictamen es preceptivo, a tenor de lo establecido en el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en relación con: i) el art. 65.4 de la Ley riojana 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR; y, ii) el art. 81.2 de la Ley estatal 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPACAP); preceptos de los que resulta que procede recabar el dictamen del Consejo de Estado o del Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, en este caso el Consejo Consultivo de La Rioja, cuando el importe de la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 81.2, párrafo 3, de la LPACAP, el mismo 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 LPACAP, así como en el art. 34.2 de la Ley estatal 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que se remite a los criterios de la legislación en materia fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado; y pudiendo, en los supuestos de muerte o lesiones corporales, tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad social.

### Segundo

### Requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución, 32.1 LRJSP y 65,67,81, 91.2 LPACAP) 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 (plazo que, en el caso de daños personales de carácter físico o psíquico, empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas).

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".*

Como señala la STS de la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, ECLI:ES:TS:2005:2943, en su FJ 4º, que: "«...como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar*», debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la* lex artis ad hoc".

Adicionalmente, según ha reiterado este Consejo en buen número de dictámenes, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, recae sobre el reclamante la obligación de probar los hechos sobre los que fundamenta sus pretensiones indemnizatorias, sin que

sirvan las meras manifestaciones de parte. En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja número 206/2008, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TSJLR:2008:292), que, en relación con los principios generales de distribución de la carga de la prueba, recuerda que:

> *"En aplicación de la remisión normativa establecida en los artículos 74.4 y Disposición Adicional Sexta de la Ley Jurisdiccional de 1956 (artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1.214 del Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho* (Semper necesitas probandi incumbit illi qui agit) *así como los principios consecuentes recogidos enn los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega* (ei incumbit probatio qui dicit non qui negat) *y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (*notoria non egent probatione) *y los hechos negativos* (negativa non sunt probanda). *En cuya virtud, este Tribunal, en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor(por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S. de 27 de noviembre de 1.985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1.986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda identificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio, de buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación de la otra (Sentencias YS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1992, entre otras**). En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuricidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad de la Administración".***

## Tercero

## Sobre la doctrina de la "*pérdida de oportunidades*"

Este Consejo ya ha tenido la oportunidad de examinar la aplicación en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de lo que se conoce como la teoría o doctrina de la *"pérdida de oportunidades"*, de la *"chance"* o, en el ámbito sanitario que nos ocupa, *"pérdida de oportunidades terapéuticas"* (cfr., por ejemplo, D.38/12, D.3/14 y D.13/15).

A través de esta doctrina, la responsabilidad de la Administración Sanitaria se produce por la merma de oportunidades o posibilidades de curación o mejora, que puede acarrear la omisión de un tratamiento o prueba, un diagnóstico errado o tardío, el retraso en la asistencia prestada o, incluso, la omisión del consentimiento informado.

Como es sabido, se trata de una doctrina de elaboración jurisprudencial, sin un apoyo normativo general expreso, pero que se halla ya muy asentada en la determinación judicial y consultiva, entre otras, de la responsabilidad sanitaria. Dicho lo cual, conviene también advertir de antemano que su inherente dosis de indeterminación aconseja un manejo

prudente de la misma, a fin de evitar convertir en indemnizables meras hipótesis especulativas.

En origen, la *"pérdida de oportunidades"* se configura como una alternativa en supuestos —muy frecuentes en el ámbito médico— en los que no resultaba posible determinar de forma cierta un nexo causal directo y suficiente. En este sentido se trataría de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad, que atiende al grado de probabilidad. Y es que, en definitiva, como afirma la STS de 21 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8548), la doctrina de la pérdida de oportunidad *"existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma"*.

En principio, además, su aplicación se hallaba condicionada a la concurrencia de una *praxis* médica incorrecta o contraria a la *lex artis "para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada, consideramos que de lo actuado debe deducirse una situación relevante, bien de la actuación médica, que evidencie mala* praxis *o actuación contra protocolo, bien de otros extremos como pueda ser una sintomatología evidente indicativa de que se actuó mal, incorrectamente o con omisión de medios..."* (STS de 13 de julio de 2005, ECLI:ES:TS:2005:4736).

Sin embargo, en los últimos años, el TS ha venido también vinculando esta doctrina a la *lex artis*. Afirma así, repetidamente, que la pérdida de oportunidad terapéutica se configura: *"Como una figura alternativa a la quiebra de la* lex artis*, que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico, consecuencia del funcionamiento del servicio"* (SSTS de 24 de noviembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:7527; 2 de enero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:3; ó 20 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1096).

Con todo, tal y como se ha constatado doctrinalmente, por regla general, la responsabilidad se declara únicamente si se aprecia que la asistencia sanitaria dispensada no se ha ajustado, de algún modo, a la *lex artis*, sea porque el tratamiento médico no ha sido el más idóneo, no se ha aplicado diligentemente o se ha retrasado: *"aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las Administraciones sanitarias"* (por todas, STS de 24 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1546).

En cualquier caso, es relevante recordar que la imputación de responsabilidad en estos casos exige que el nexo causal se halle suficientemente fundado. Como subraya la STS de 18 de julio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3819, debe concurrir *"una probabilidad causal*

*seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto"*. O, en los términos de la STS 10 de 20 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1096, debe constatarse que *"la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo"*.

Finalmente, a los efectos de determinar la indemnización procedente, es criterio pacífico jurisprudencial considerar que, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera.

En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja, en cierto modo, al daño moral y que es el concepto indemnizable.

> *"En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente"* (STS de 20 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1096).

## Cuarto

## Sobre si existe responsabilidad patrimonial en el presente supuesto

**1. En el presente supuesto**, el escrito de la reclamante afirma que, "*en el caso objeto de su reclamación la paciente se sometió a tres cirugías realizadas por la sanidad pública y a día de hoy sigue mostrando una inestabilidad en la articulación*" y prosigue: *"Dicha inestabilidad tras las tres operaciones realizadas refleja la existencia de nexo causal entre las lesiones padecidas a día de hoy y la actuación médica llevada a cabo*".

La reclamante entiende a su vez que **sería de aplicación la doctrina de pérdida de oportunidad** porque, *"en estos casos hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó a la paciente de determinadas expectativas de curación que deben ser indemnizables"*.

Pues bien, del relato de los hechos de la propia reclamación ni de ninguna de la documentación aportada se desprende tan si quiera un indicio de vulneración de la *lex artis*

que acredite una prestación sanitaria inadecuada o insuficiente por la que pudiera surgir responsabilidad sanitaria alguna, bien al contrario, todos los informes que constan en el expediente inciden, con rotundidad, en que la paciente ha tenido toda la atención y cuidados con todos los medios disponibles, no existiendo relación causal entre ellos y el daño cuya indemnización reclama.

La reclamante, por otra parte, fundamenta la *"pérdida de oportunidad"* en la privación a la paciente de *"una alternativa de tratamiento"* cuya posibilidad no consta en la documentación obrante en el expediente, ni tampoco en la propia reclamación.

De los informes técnicos obrantes en el expediente permiten llegar a la convicción racional de que en este caso no cabe apreciar la reclamada *"perdida de oportunidad",* de conformidad con las exigencias que impone la jurisprudencia expuesta.

En ese sentido, entendemos que la única intervención que pudiera suscitar alguna controversia a la reclamante, pero que no concreta, sería la artroplastia total de rodilla.

A ese respecto, en el informe de la Inspección expresa: *"la artroplastia total de rodilla es una técnica con unos resultados excelentes, en cuanto a recuperación de la funcionalidad de la articulación de la rodilla y mejora de la sintomatología, y que, los avances técnicos en cuanto a material protésico y técnicas quirúrgicas, de la correcta indicación de su colocación y de la praxis quirúrgica adecuada, no está exenta de complicaciones"* y que previo a la cirugía de artroplastia total de la rodilla derecha la paciente *"presentaba antecedentes médicos (obesidad grado 11, diabetes tipo 2, prótesis total de rodilla (controlateral previa), que, de acuerdo con la literatura científica, son factores de riesgo conocidos para la presentación de complicaciones en el desarrollo de dicha cirugía en general y de lo existencia de inestabilidad articular de rodilla tras la cirugía, en particular".*

Finalmente, consideramos clarificador el informe realizado colegiadamente por los Doctores, Don F, y Don Z, ambos Especialistas en Cirugía Ortopédica y Traumatología y Don Z, Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, al afirmar que:

> *"Atendidas las anteriores consideraciones y dada la inmediatez con la que surgió la inestabilidad de la artroplastia, de etiología desconocida, cabe afirmar que la inestabilidad de la prótesis guarda una relación de causalidad íntima y directa con la intervención que le fue practicada y el factor de riesgo que tiene la paciente, pues esta inestabilidad es clínica con estudios complementarios negativos.*
>
> *Ahora bien, hay que señalar igualmente que* ***dichas secuelas no pueden ser imputadas****, como pretende la demanda, a una asistencia inadecuada por parte de los profesionales del sistema sanitario público, que intervinieron en la asistencia a la reclamante.*
>
> ***Por el contrario, su actuación y posteriormente el control postoperatorio en el sistema público, al utilizar los recursos que en cada momento el estado de aquel demandaba, fue correcta y conforme***

***con las exigencias de la lex artis profesional, y lo fue por las siguientes razones:***

***-Porque la cirugía, estaba indicada en este caso.***

***-Porque la intervención contaba con información.***

***-Porque el acto quirúrgico se desarrolló sin incidentes desde un punto de vista técnico.***

***-Porque las complicaciones surgidas han supuesto la materialización de varios de los riesgos del procedimiento que, aunque infrecuentes, está profusamente documentados en la literatura científica, y cuya aparición es imprevisible e inevitable según el estado actual de la ciencia médica****".*

## 2. Criterio del Consejo

Este Consejo Consultivo comparte las conclusiones alcanzadas en la Propuesta de resolución, por cuanto, efectivamente, tal y como señalan los facultativos que intervinieron en la atención a la paciente, como la Inspección médica y el informe pericial conjunto de la Consultora médica *CRITERIA*, concluyen que los profesionales sanitarios actuaron conforme a los protocolos, técnicas y conocimientos adecuados al caso concreto, es decir, cumplieron con la *lex artis ad hoc.*

Por otra parte:

-La paciente no ha acreditado la existencia de un error atribuible a una asistencia sanitaria negligente, ni la omisión de pruebas exigibles, según la ciencia médica, en atención a las circunstancias concretas de la paciente.

-A la reclamación no se le acompaña informe pericial alguno que concrete y objetive el daño producido ni relación de causalidad alguna, simplemente se argumenta como nexo causal el de las tres cirugías a la que la paciente fue sometida.

-La paciente además de no aportar ni informes ni pruebas que fundamentaran la reclamación, no hizo uso del trámite de alegaciones, ni de la posibilidad de solicitar la remisión de la documentación obrante en el expediente.

-En relación a la cuantía de la indemnización reclamada, no se ha manifestado por la reclamante cómo ha llegado al cálculo de la cantidad, ni se ha definido los daños y cuantías específicas, limitándose a determinar la cifra de 60.000 euros sin apoyo documental ni probatorio alguno.

Así las cosas, quedaría excluida la responsabilidad de la Administración en atención a su actuación diligente y conforme a la *lex artis.*

## CONCLUSIÓN

### Única

Procede desestimar la reclamación planteada, al no haberse acreditado la concurrencia de criterio positivo alguno de imputación de responsabilidad a la Administración sanitaria.

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.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO