Dictamen nº: **374/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **03.10.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 3 de octubre de 2019, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. …… (en adelante, *"la reclamante"*), por los daños y perjuicios relacionados con el tratamiento quirúrgico de *hallux valgus* en el Hospital San Francisco de Asís.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de marzo de 2017 la reclamante, representada por letrado, presenta en el registro de la Consejería de Sanidad, una reclamación de responsabilidad patrimonial por las secuelas que padece y que atribuye a la falta de medios de protección y de seguridad en el Hospital San Francisco de Asís, al que fue derivada por el Hospital Universitario La Paz (en adelante, HULP).

Según la reclamante, de 65 años de edad y con antecedentes de melanoma en fosa iliaca izquierda en 2010, colecistectomía, artroscopia RN y cirugías de antepié, fue valorada en el Centro de Salud La Ventilla

en septiembre de 2012 y diagnosticada de *hallux valgus* derecho y de una metatarsalgia del segundo y tercer dedo homolaterales.

Prosigue su relato indicando que fue derivada al Hospital San Francisco de Asís para cirugía de *hallux valgus* y fue informada mediante un documento de consentimiento informado de las alternativas, complicaciones y secuelas de la cirugía que le iban a realizar que consistían en la corrección del primer dedo y metatarsalgia de los dedos segundo y tercero homolaterales (osteotomía de weil), sin embargo, en la cirugía realizada en dicho centro sanitario el 24 de enero de 2013, *"según el informe de alta sin fecha*" se le realizó una exostectomía de la cabeza del primer metatarsiano y una osteotomía varizante de la primera falange del primer dedo del pie derecho que evoluciono de forma negativa puesto que tras la intervención surgieron complicaciones, en el primer dedo y en los metartarsianos del resto de los dedos que requirieron posteriores intervenciones quirúrgicas, intervenciones que no lograron la mejoría de la reclamante.

Refiere, que desde el 28 de enero de 2015 tiene reconocida pensión de incapacidad permanente por padecer *hallux valgus* reintervenido con evolución a pseudoartrosis y a *hallux rigidus*, estando limitada para bipedestación y deambulación moderadamente prolongada.

Solicita una indemnización por secuelas de 34.181,69 euros.

El escrito de reclamación se acompaña de diversa documentación: poder general para pleitos, diversa documentación médica y un informe clínico de valoración del daño realizado por un especialista en cirugía ortopédica y traumatología, firmado el 15 de diciembre de 2016 (folios, 18 a 97).

SEGUNDO.- Del estudio del expediente, al que se ha incorporado la historia clínica, procedemos a destacar los hechos que resultan de interés para la emisión del Dictamen.

La reclamante, de 65 años de edad en el momento de los hechos es remitida el 24 de septiembre de 2012 por el médico de Atención Primaria a Traumatología del Centro de Especialidades José Marvá por *hallux valgus* donde fue vista en varias ocasiones y con diagnóstico de *hallux valgus* más metatarsalgia es derivada al Hospital La Paz Cantoblanco.

El 2 de enero de 2013 acude a consulta al Hospital Universitario La Paz. Presenta dolor de larga evolución en ambos pies, más en el derecho, dolor plantar, dolor al calzarse y deformidad. En la exploración presenta hiperqueratosis plantar en 2º metatarsiano y *hallux valgus* derecho por lo que se indica osteotomía del primer metatarsiano del pie derecho más osteotomía de Weil en el segundo metatarsiano del pie derecho. Se le explica la técnica, riesgos generales y firma el documento de consentimiento informado para el tratamiento quirúrgico de *hallux valgus* derecho. Entra en lista de espera quirúrgica y es remitida desde el SERMAS para la intervención al Hospital San Francisco de Asís.

El 11 de enero de 2013 acude al Hospital San Francisco de Asís remitida por el SERMAS para tratamiento de *hallux valgus* en pie derecho. La paciente refiere dolor al marchar y al uso del calzado. Se realiza exploración física que confirma el diagnostico de *hallux valgus* en pie derecho. Firma el documento de consentimiento informado para la intervención quirúrgica y para anestesia local. No presentaba metatarsalgia.

El 24 de enero de 2013 en el Hospital San Francisco de Asís se realiza la intervención quirúrgica sin complicaciones con la técnica de esosectomía y osteotomía varizante falange proximal en el 1º dedo pie

derecho. No se realizó osteotomía de Weil porque no presentaba metatarsalgia.

El 11 de febrero de 2013 acude al Hospital San Francisco de Asís para retirada del vendaje y puntos. La paciente se encuentra asintomática y sin complicaciones. Se le recomienda revisión, si precisaba. No acudió de nuevo a consulta.

El 22 de abril de 2013 acude a consulta del HULP la paciente refiere dolor plantar y tumefacción en el tobillo. A la exploración presenta *hallux valgus* corregido y sin complicaciones externas, dolor plantar a la presión del 2º metatarsiano sin hiperqueratosis y se solicita RX.

El 13 de mayo de 2013 acude nuevamente a consulta con mucho dolor y se le plantea Weil del 2º dedo explicándole que la cirugía puede causar algo de rigidez. Tras el preoperatorio y previo consentimiento informado el 14 de junio de 2013 se le realiza osteotomía de Weil sintetizada con tornillos Twist-of en segundo y tercer metatarsiano.

Siguió con mucho dolor en el primer dedo y en apoyo en el 2º y 3º metatarsiano y previo consentimiento informado en octubre de 2013 fue intervenida para extracción de tornillos twist-off del 2º y 3º metatarsiano y artrodesis del 1º MTF con dos tornillos de Barouk mas aguja de Kirschner. En agosto de 2014 se procedió a la extracción de fragmento distal de tornillo Barouk, en junio de 2015 fue reintervenida nuevamente realizándose una osteotomía de Weil en 2º y 3º MTT con osteosíntesis con tornillos de 11 mm y finalmente el 17 de enero de 2017 de forma programada se realiza osteotomía de triple Weil de 4º MTT y osteosíntesis con tornillos twist-off.

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 oficio de la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas de 24 de noviembre de 2016, se solicitaba a la reclamante la presentación de la reclamación por medios electrónicos al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.2 de la LPAC, lo que fue cumplimentado.

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante del HULP y del Hospital San Francisco de Asís (folios 309 a 328).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC se ha recabado informe del traumatólogo del Hospital San Francisco de Asís que intervino a la paciente el 24 de enero de 2013. En su informe, firmado pero no fechado, considera que tras su valoración clínica solo consideró indicado la intervención del *hallux valgus* del pie derecho y niega que presentara ningún otro tipo de patología. También afirma que "*no presentaba metatarsalgia*" y que en la revisión realizada en consulta del día 11 de febrero de 2013 la paciente se encontraba asintomática y sin complicaciones, se le retiró el vendaje y los puntos sin que pudiera seguir su evolución puesto que la paciente no volvió a acudir a su consulta.

El 30 de octubre de 2017 la reclamante solicita por escrito copia de las actuaciones realizadas en el procedimiento, en especial, la historia clínica y el seguro de responsabilidad del Hospital San Francisco de Asís, lo que fue cumplimentado el 17 de noviembre de 2017 por la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas.

Asimismo, figura en el expediente el informe de 14 de marzo de 2018 de la Inspección Sanitaria que tras examinar la historia clínica de la

reclamante y los informes emitidos, realiza juicio clínico y concluye: "*A la vista de las actuaciones practicadas y con los datos clínicos disponibles, no existe evidencia que la asistencia prestada a la paciente en el Hospital San Francisco de Asís haya sido incorrecta o inadecuada a la* lex artis".

Se confirió trámite de audiencia a los interesados y no consta en el expediente que la reclamante presentara alegaciones. El 8 de junio de 2018 un procurador, en nombre del Hospital San Francisco de Asís, cuyo poder general adjunta, presenta alegaciones y en ellas considera que ha prescrito la acción para reclamar y niega en síntesis relación de causalidad entre las secuelas que padece la reclamante y la intervención realizada en el Hospital San Francisco de Asís, intervención de la que fue informada y firmo el correspondiente documento de consentimiento informado sin que la reclamante, después de la revisión, acudiera de nuevo a consulta.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad el 21 de mayo de 2019 ha formulado propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación patrimonial al considerar que no puede catalogarse de mala praxis la atención sanitaria que le fue dispensada a la reclamante.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 3 de junio de 2019.

Ha correspondido su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 3 de octubre de 2019.

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

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (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 LPAC.

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), al ser la persona directamente afectada por la asistencia sanitaria objeto de reproche. La representación letrada ha sido acreditada con la escritura de apoderamiento.

En cuanto a la legitimación pasiva, le corresponde a la Comunidad de Madrid, titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

En este punto, la particularidad reside en que la prestación sanitaria ha sido realizada a través de una entidad de derecho privado concertada con la Comunidad de Madrid. Siguiendo la doctrina reiterada de esta

Comisión Jurídica Asesora (entre otros muchos, Dictámenes 112/16, de 19 de mayo, 193/17, de 18 de mayo, 107/18, de 8 de marzo y 8/19, de 10 de enero) las consecuencias del funcionamiento de los servicios públicos correspondientes a prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud le resultan imputables a dicha Administración sea cual fuere la relación jurídica que le una al personal y establecimientos que los ejecuten, sin perjuicio de la posibilidad de repetición que le pueda corresponder.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.2 LPAC las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso, si bien se reclama por la intervención realizada el 24 de enero de 2013 en el Hospital San Francisco de Asís, con posterioridad, fue vista en diversas consultas del HULP e intervenida por secuelas de la cirugía de *hallux valgus* constando en la historia clínica que el 17 de enero de 2017 ingresó para osteotomía de triple weil de 4º metatarsiano y osteosíntesis con tornillos twist-0ff por lo que la reclamación presentada el día 13 de marzo de 2017 se considera formulada en plazo.

En cuanto al cumplimiento de los tramites, tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 81.1 de la LPAC, se ha recabado informe del centro sanitario al que se atribuye la producción del daño. Asimismo, se ha incorporado al expediente administrativo la historia clínica de la paciente, se ha recabado el informe de la Inspección Médica sobre los hechos que motivan la reclamación, instruido el procedimiento, se ha otorgado a la reclamante y al centro sanitario implicado el trámite de audiencia

previsto en los artículos 76.1 y 84 en relación con el 53.1.e) de la LPAC y, conforme al 81.2, se ha incorporado una propuesta de resolución.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por las reglas de la LRJSP.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (recurso 2611/2014), que l*a* viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 32 de la LRJSP y una reiterada jurisprudencia:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente 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 de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor, y

d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con

las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que:

> "*… lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta… Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño".*

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, señala también el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada (por todas, la Sentencia de 19 de mayo de 2015 (recurso 4397/2010) 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, sin perjuicio de que se pueda modular dicha carga en virtud del principio de facilidad probatoria.

Como recuerda la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2017 (recurso 909/2014):

> *"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 Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 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), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)".

CUARTA.- Es por tanto a la reclamante a quien incumbe probar mediante medios idóneos que la asistencia prestada en el Hospital San Francisco de Asís no fue conforme a la *lex artis*, entendiendo por medios probatorios idóneos según la Sentencia de 18 de marzo de 2016 del Tribunal Superior de Madrid (recurso 154/2013) "*las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado*".

En el caso analizado, las afirmaciones de la reclamante respecto a la deficiente asistencia sanitaria que le fue dispensada en el Hospital San Francisco de Asís se acompañan de un breve informe clínico de valoración suscrito por un doctor en Medicina y Cirugía, especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología en el que, pese a no disponer de la historia clínica, considera que "*las complicaciones que se derivaron del* hallux valgus *no se pueden achacar a la técnica quirúrgica que se indicó, ni a su realización",* sin embargo, concluye que "*la metartarsalgia de la paciente tuvo su origen en la falta de realización de las osteotomías de weil que no realizó el Dr. en el Hospital San Francisco de Asís de Madrid".*

Ante ello, debemos estar a la historia clínica que obra incorporada al expediente y a los informes aportados al procedimiento a requerimiento del instructor, que son los del centro hospitalario implicado y el de la Inspección Sanitaria.

Así, en la historia clínica consta que, cuando la paciente acudió el 11 de enero de 2013 al Hospital San Francisco de Asís, remitida por el SERMAS para tratamiento quirúrgico de *hallux valgus* en el pie derecho fue explorada y diagnosticada por un facultativo de dicho centro hospitalario que confirmó el diagnostico. La paciente firmó el correspondiente documento de consentimiento informado, la intervención se realizó sin complicaciones y en la única revisión a la que acudió la paciente el día 11 de febrero de 2013, se encontraba asintomática y sin complicaciones y se retiró el vendaje y los puntos.

A lo anterior, el informe del facultativo del Hospital San Francisco de Asís añade que "*no* se *le realizó la Osteotomía de Weil porque tras la valoración, no presentaba metatarsalgia".*

Según la Inspección Médica, *"las secuelas y complicaciones de la cirugía del antepié oscilan entre el 30 y el 40%, siendo las más frecuentes la recidiva de la deformidad (25%), la metatarsalgia transferencia! (34%), el dolor residual en la articulación metatarsofalángica (5%) y la rigidez en los dedos menores (10%)"* y en este caso, pese a que la paciente estaba siendo vista por *hallux valgus* y metatarsalgia en el HULP donde se le indicó además de osteotomía del primer metatarsiano una osteotomía del weil del segundo metatarsiano, *"entendemos que se trata de otro traumatólogo ajeno al Hospital La Paz con su propio criterio médico para decidir el tipo de cirugía a realizar, y según su criterio solo consideró intervenir el* hallux valgus*, tras explorar a la paciente, según informe médico. La técnica quirúrgica utilizada está descrita en la cirugía de* hallux valgus*"* y aunque la paciente requirió intervenciones

posteriores del segundo dedo y tercer dedo mediante osteotomía de Weil, así como del primer dedo que evolucionó a *hallux rigidus* tras la primera cirugía en el centro privado "*entendemos que no se pueden atribuir al "posible error de indicación de la primera intervención", ya que este tipo de intervenciones no están exentas de complicaciones, como ya se ha comentado existe un 30-40% de complicaciones, siendo frecuente la "metatarsalgia transferencia!" en un 34% de los casos. Tampoco se puede saber si en el caso de que el Dr. (…) hubiera realizado la intervención del segundo dedo (Osteotomía de Weill) según reclama la paciente, se hubieran evitado las siguientes cirugías que precisó la paciente".*

En el presente caso, hay que tener en cuenta que la paciente conocía los riesgos y complicaciones de la intervención quirúrgica y los asumió y aceptó cuando firmó el documento de consentimiento informado.

Tampoco puede hablarse de una defectuosa asistencia sanitaria por la evolución desfavorable de la enfermedad puesto que no puede admitirse juzgar la asistencia sanitaria partiendo del dato del resultado final, es decir, no puede incurrirse en la prohibición de regreso tal y como recoge el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual, *"no es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio "ex post", sino por un juicio "ex ante", es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente".*

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, al no haberse acreditado la existencia de mala praxis.

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 3 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 374/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid