

Dictamen nº: **423/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **23.10.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 23 de octubre de 2019, 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 D., por los daños y perjuicios sufridos que atribuye al retraso de diagnóstico de las complicaciones de una operación de rodilla realizada en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación formulado por la persona citada en el encabezamiento de este dictamen, registrado de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el día 2 de agosto de 2017.

El reclamante expone que el 9 de diciembre de 2014 sufrió un accidente en su puesto de trabajo por lo que fue trasladado al Hospital Universitario 12 de Octubre, donde tras las pruebas pertinentes fue operado por una lesión de ligamentos y menisco. Refiere que el 27 de enero de 2015 comenzó la rehabilitación “*con buenas sensaciones*” si bien a finales de febrero de ese año, comenzó a sentir un dolor agudo,

que sin embargo no fue tenido en cuenta por los facultativos que le atendían.

El reclamante continúa exponiendo que el dolor persistió en los meses posteriores, pero no fue hasta el 29 de noviembre de 2015 cuando se realizó una radiografía y ante los resultados de la misma se pautó una resonancia magnética en la que se apreció un tornillo roto. Señala que fue intervenido quirúrgicamente el 15 de enero de 2016 extrayendo una grapa y el tornillo roto, comenzando de nuevo todo el proceso para él.

Por lo expuesto el reclamante solicita una indemnización en cuantía en la que solo concreta lo que corresponde a los daños morales que alega haber sufrido y que cifra en 50.000 euros.

El escrito de reclamación se acompaña con diversa documentación médica relativa al interesado (folios 1 a 73 del expediente).

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

El reclamante, de 44 años de edad en el momento de los hechos, contaba con el antecedente de un accidente de moto en el año 2011 con afectación de la rodilla derecha. En el año 2013 se constató que padecía una rotura del ligamento cruzado anterior de la rodilla, probablemente crónica, amputación del cuerno posterior del menisco externo y del borde libre del disco interno, y condropatía evolucionada femoropatelar de ambos compartimentos femorotibiales.

El 9 de diciembre de 2014 el interesado acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario 12 de Octubre por dolor en la rodilla derecha. En la anamnesis se hizo constar que ese día había sufrido un resbalón con un giro brusco, acompañado de inestabilidad de rodilla con luxación de la misma, caída al suelo y limitación funcional

para la marcha. Refería gonalgia derecha de años de evolución en seguimiento por Traumatología por inestabilidad de dicha articulación, habiendo recibido infiltraciones intraarticulares en 3 ocasiones. También refirió que tenía lesiones en ligamentos colaterales, ligamentos cruzados y meniscos y que en su momento se planteó la opción quirúrgica que el paciente rechazó entonces.

En la exploración presentaba tumefacción difusa de la rodilla, patela alta con movilidad normal, cepillo positivo, peloteo negativo, un balance articular de 110 grados de flexión y - 20 grados de extensión, además de otros signos como son: bostezo al forzar el valgo, signo de cajones anterior y posterior negativos, signo de Mc Murry positivo para menisco interno y maniobras de Apley positivas. También se realizó RX de la rodilla, objetivándose osteofitos.

Con el juicio clínico de posible lesión ligamentosa colateral interna de rodilla y meniscopatía interna, el reclamante recibió el alta con inmovilización mediante vendaje, muletas y tratamiento farmacológico. Se recomendó acudir al Servicio de Traumatología en 2 semanas y control por su médico de familia.

El 19 de diciembre de 2014 se realizó RMN en la que se apreció rotura completa crónica del ligamento cruzado anterior, artrosis avanzada femorotibial lateral, derrame articular, pequeño ratón intraarticular y rotura versus cirugía meniscal bilateral.

El 5 de enero de 2015 el reclamante firma el consentimiento informado para la cirugía de reconstrucción del ligamento cruzado anterior de la rodilla en el que se indica que la intervención se llevaría a cabo para *“evitar el movimiento anómalo de la rodilla que podría, a la larga, producir un desgaste precoz de la articulación”*. También el documento contempla las complicaciones entre las que figura la rigidez articular, lo que llevaría a una segunda intervención artroscópica para

realizar una movilización de las adherencias articulares bajo anestesia y sedación. El 12 de enero el interesado firmó el consentimiento informado para la anestesia.

El 19 de enero de 2015 se realiza en el Hospital Universitario 12 de Octubre artroscopia de rodilla derecha, encontrándose signos de gonartrosis severa. Se realiza túnel tibial 9mm, implantación de plastia de ST autólogo y flexor de banco, fijación proximal con LCA Tigrope y distal con tornillo de biocomposite de 9 mm más grapa en tibia proximal. La evolución postquirúrgica fue satisfactoria.

El interesado inició tratamiento rehabilitador en marzo de 2015. En la revisión de 7 de julio de 2015 se anota que el interesado ha realizado tratamiento rehabilitador con buena tolerancia y que presenta dolor ocasional. En la revisión de 9 de septiembre consta que el reclamante presenta una clínica similar, pautándose dinamometría isocinética para finales de septiembre.

El 14 de septiembre de 2015 el reclamante fue valorado por el Servicio de Traumatología, donde se indica que las molestias que presentaba se debían al componente degenerativo que existía y que debía continuar un poco más en rehabilitación para intentar ganar algo más de extensión y revisar al año de la cirugía cuando se esperaba que tuviera una estabilidad clínica postquirúrgica.

El interesado continuó con el tratamiento rehabilitador hasta el 26 de octubre 2015 cuando recibió el alta por haber alcanzado el techo terapéutico. El reclamante presentaba un balance articular de rodilla de un déficit de extensión de 10 grados, y un déficit de flexión de unos 12 grados. Asimismo refería dolor y tenía marcha inestable. Se anotó que el reclamante había presentado una evolución tórpida, persistiendo tumefacción, dolor, limitación en la movilidad (flexo y extensión) estable en los últimos meses y un déficit severo de fuerza objetivado con

dinamometría isocinética. Fue derivado de nuevo al Servicio de Traumatología para su valoración.

El 18 de noviembre de 2015 el reclamante fue valorado por el Servicio de Traumatología. Se anotó que tras 10 meses de la cirugía el paciente refería un dolor muy intenso en la fosa anteromedial con una actitud en flexión de rodilla de unos 10 grados. Se realizó una Rx donde se observa una imagen calcificada en la zona medial, por lo que se solicitó una RMN, para valorar posible síndrome de cíclope y nueva cirugía, que se realizó el 29 de noviembre de 2015.

El 30 de diciembre de 2015 el interesado firmó el consentimiento informado para artroscopia de rodilla y meniscectomía parcial. En el apartado de otras consideraciones se hizo constar “*artroscopia de rodilla para extracción de tornillo intraarticular y grapa en tibia proximal*”.

El 15 de enero de 2016 se realizó la cirugía artroscópica. Se observó una zona de proliferación sinovial tibial del ligamento cruzado anterior que al desbridar dejaba ver un fragmento del tornillo roto y se extrajo de la articulación. También se realizó abordaje a tibia proximal por antigua incisión y extracción de la grapa de Blount.

El reclamante recibió tratamiento rehabilitador los meses de abril y mayo con posterior rehabilitación domiciliaria con ejercicios pautados por el Servicio de Rehabilitación que prescribió el alta el 30 de septiembre de 2016 por mejoría parcial: déficit de extensión de 5 grados y flexión completa, con buena potencia muscular.

El 30 de enero de 2017 el reclamante acudió a revisión del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología. Se anotó que en ese momento el paciente presentaba una artrosis en la rodilla derecha sin inestabilidad pero que le condicionaba para sus actividades diarias, tanto recreativas como laborales y habituales por dolor y déficit de extensión completa.

En la revisión de 18 de mayo de 2017 se anotó que el interesado presentaba una movilidad con un déficit de extensión de 10 grados y 30 de flexión. Considerando el tiempo de evolución tras la cirugía se pautó el alta por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, al entender que los padecimientos del interesado podían calificarse como secuelas.

TERCERO.- Formulada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del reclamante del Hospital Universitario 12 de Octubre (folios 76 a 143 del expediente).

Se ha emitido informe de 15 de septiembre de 2017 del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del citado centro hospitalario en el que expone que el reclamante presentaba una artrosis de rodilla previa a la primera intervención, que se realizó sin incidencias técnicas. Añade que la reintervenciones posteriores fueron debidas a complicaciones relativamente frecuentes en estos casos reflejadas en el consentimiento informado y que no son la causa del estado actual de la artrosis del interesado, que se puede atribuir con casi total certeza a traumatismos previos.

Asimismo se ha incorporado al procedimiento el informe de 26 de septiembre de 2017 del jefe del Servicio de Medicina Física y Rehabilitación del referido centro hospitalario, en el que detalla las asistencias dispensadas al interesado por dicho servicio.

Figura también en el procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria que tras examinar la historia clínica del reclamante, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, concluye que *“el estado artrósico severo que*

presentaba el paciente previo a la cirugía es el que marca toda la evolución clínica del proceso, habiéndose seguido en todo momento la lex artis y la lex artis ad hoc tanto por el Servicio de Traumatología como de Rehabilitación del Hospital Universitario 12 de Octubre”.

Obra en el procedimiento que se confirió trámite de audiencia al interesado que formuló alegaciones reiterando su pretensión indemnizatoria y cifró el importe de la indemnización solicitada en 182.257,65 euros. Acompaña su escrito con un informe pericial en el que se recogen como conclusiones que la primera y segunda intervención fueron correctas y ajustadas a la lex artis ad hoc, si bien no considera que se actuara debidamente en la averiguación de la causa que provocó la tórpida evolución en el tratamiento rehabilitador y estima que no se pusieron a disposición del reclamante los medios diagnósticos adecuados.

Figura en el procedimiento que el 27 de diciembre de 2018 el interesado solicitó el dictado de una resolución expresa que pusiera fin al procedimiento.

Finalmente el 11 de julio de 2019 el viceconsejero de Sanidad, formula propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación al considerar que se ha vulnerado el derecho a la información del paciente al no recoger el documento de consentimiento informado la advertencia sobre que se pudiera romper el material de fijación tendinosa. Fija la indemnización en 6.000 euros.

CUARTO.- El 27 de agosto de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente nº 410/19 a la letrada vocal, Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que

formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 23 de octubre de 2019.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en 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, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC, dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación formulada con posterioridad a su entrada en vigor, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), al ser la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la

Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria se prestó por el Hospital Universitario 12 de Octubre, centro integrado en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, el reclamante dirige sus reproches en relación con el retraso diagnóstico de las complicaciones sufridas tras una intervención realizada el 19 de enero de 2015, tras la cual tuvo que ser reintervenido el 15 de enero de 2016 y recibió el alta médica el 18 de mayo de 2017 cuando se constató que los padecimientos del interesado podían calificarse como secuelas. Así las cosas no cabe duda que la reclamación presentada el 2 de agosto de 2017 se ha formulado en plazo legal.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario 12 de Octubre, así como del Servicio de Rehabilitación del citado centro hospitalario. Asimismo ha emitido informe la Inspección Sanitaria. Tras la incorporación de los informes mencionados, se dio audiencia al reclamante y por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo

tenor: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria 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, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha "lex artis" respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.”*

CUARTA.- Como se ha visto en los antecedentes de hecho, el reclamante denuncia que hubo un retraso en el diagnóstico de una complicación consistente en la rotura del material de osteosíntesis que se le había implantado en una cirugía de reconstrucción del ligamento cruzado anterior de la rodilla realizada en el Hospital Universitario 12 de Octubre el 19 de enero de 2015, pues sostiene que estuvo recibiendo tratamiento rehabilitador varios meses tras la intervención, durante los cuales se quejó de dolor, y no fue hasta el 29 de noviembre de 2015 cuando se realizaron las pruebas diagnósticas que permitieron apreciar dicha rotura.

En este caso, de acuerdo con las alegaciones efectuadas por el reclamante, lo relevante a la hora de enjuiciar la responsabilidad patrimonial es si se produjo la omisión de medios denunciada, pues como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, en la medicina curativa nos encontramos ante obligaciones de medios y no de resultado, de tal forma que se cumple la *lex artis* cuando se utilizan todos los medios (de diagnóstico, de tratamiento, etc.) de los que se dispone.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar el reproche del reclamante, partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El interesado ha aportado al procedimiento en el trámite de audiencia un informe pericial en el que el perito informante, que es especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, si bien considera que las dos intervenciones quirúrgicas a las que se sometió el reclamante no

merecen ningún reproche desde el punto de vista del cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, sin embargo estima que se produjo un retraso en el diagnóstico por cuanto que el interesado estuvo insistiendo en que “*algo no iba bien en su rodilla*” durante un año y durante ese tiempo no se utilizaron los medios diagnósticos adecuados, que no precisa. El informe sostiene que la pérdida de función de la articulación de la rodilla fue debida a esa dilación y a la presencia de un cuerpo extraño en dicha articulación.

Frente a lo afirmado por el reclamante y recogido en el informe pericial de parte, la historia clínica muestra que la evolución en los primeros meses de la rehabilitación fue hacia la mejoría de modo que en la revisión 20 de mayo de 2015 el dolor era solo ocasional y así se mantuvo en las revisiones del Servicio de Rehabilitación de 7 de julio y 9 de septiembre 2015 y en la del Servicio de Cirugía Ortopédica y Rehabilitación de 14 de septiembre de 2015 en la que se constata que el interesado se encontraba clínicamente bien con molestias ocasionales. No es hasta la revisión en el Servicio de Cirugía Ortopédica y Rehabilitación del 18 de noviembre de 2015 cuando el interesado presenta un dolor muy intenso, lo que motivó que se solicitaran en ese momento las correspondientes pruebas diagnósticas que evidenciaron la rotura del material de osteosíntesis.

Frente a lo expresado en el informe pericial de parte, el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología implicado en el proceso asistencial del reclamante incide en que la evolución postquirúrgica del interesado vino condicionada por la patología previa a la intervención pues estaba afectado por una artrosis de rodilla, en la que la cirugía no tiene una finalidad curativa sino preventiva. En la misma consideración incide la Inspección Sanitaria en su informe cuando destaca que el reclamante padecía antes de la primera cirugía una gonartrosis severa de rodilla derecha y que la cirugía se realizó con el objetivo preventivo,

en un paciente joven, de estabilizar la rodilla para evitar una más rápida progresión artrósica, inevitable por el constante roce de estructuras articulares, si bien aunque la intervención podía suponer algo de mejoría dolorosa, no era esperable la desaparición de la gonalgia ante el estado de degenerativo de la articulación.

La Inspección Sanitaria no deduce ninguna nota negativa del hecho de que se mantuviera la rehabilitación durante casi un año en espera de que el paciente mejorase funcionalmente, lo que justifica en el hecho de que las recuperaciones postquirúrgicas son más tórpidas en articulaciones artrósicas, como es el caso, que en articulaciones con poco desgaste, de lo que cabe inferir que la evolución del interesado durante ese tiempo era la esperable teniendo en cuenta la patología que afectaba al reclamante.

Procede recordar que la asistencia sanitaria implica una obligación de medios y no de resultados, pero atendiendo siempre a las circunstancias y los síntomas que presenta el paciente en el momento en que dicha atención tiene lugar (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, recurso 203/2014), sin que sea posible argumentar la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de septiembre de 2016-recurso 131/2014-).

Para la Inspección Sanitaria la asistencia dispensada al interesado por los servicios de Cirugía Ortopédica y Traumatología y de Rehabilitación fue conforme a la *lex artis ad hoc* y esta conclusión debemos atender, frente a lo expresado en el informe pericial aportado por el reclamante, no solo por el valor que solemos otorgar al informe de la Inspección Sanitaria (así nuestro Dictamen 53/19, de 14 de febrero, entre otros muchos), sino también porque el informe aportado por el

reclamante no ha sido elaborado por un especialista en la materia y además se muestra poco riguroso a la hora de analizar la evolución postquirúrgica del interesado, obviando las patologías previas y el modo que pudieron condicionar la recuperación del reclamante.

QUINTA.- Resta por analizar el defecto de información al interesado que es reconocido de oficio por la Administración en la propuesta de resolución.

En este punto cabe recordar que esta Comisión Jurídica Asesora viene resaltando en sus dictámenes (por todos, el 54/18, de 8 de febrero), que la necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, viene impuesta legalmente en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En concreto, el artículo 8 de la misma Ley dispone sobre el consentimiento informado que *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”* y, en su apartado segundo que *“el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*.

La finalidad de la información es permitir al paciente tomar la decisión de someterse a la técnica médica de que se trate con conocimiento de los riesgos que pueden derivarse de la misma, y la falta de información equivale a una limitación del derecho a consentir o

rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el artículo 15 de la Constitución, según ha considerado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

En este caso resulta de la historia clínica examinada que el reclamante sufrió la rotura del material de osteosíntesis (tornillo) que se le había implantado en la cirugía de reconstrucción del ligamento cruzado anterior de rodilla realizada en enero de 2015. Los informes médicos que obran en el expediente consideran que se trata de una complicación posible de este tipo de cirugías, pero es cierto, como sostiene la propuesta de resolución, que no figura en el documento de consentimiento informado firmado por el interesado.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2019 (recurso 290/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *“no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales”*.

Consideramos que ha existido en este caso una vulneración del derecho del reclamante a una adecuada información al no contemplar un riesgo reconocido, no como raro o excepcional, sino como posible en este tipo de cirugías, según los informes médicos, y específico y distinto de los que aparecen en el documento firmado por el interesado.

En este sentido afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2018 (recurso 1/2017):

“En el ámbito sanitario es de suma importancia la elaboración de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse la finalidad pretendida por la Ley. El contenido concreto de la información transmitida al

paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo a una terapia por razón de sus riesgos”.

En este caso cabe concluir, como hace la propuesta de resolución, que hubo una vulneración de la *lex artis*, en concreto de las obligaciones impuestas a los servicios sanitarios por la citada Ley 41/2002. Así pues, esta Comisión considera procedente estimar la reclamación en el indicado punto de la infracción del derecho a la información del reclamante, sin perjuicio de que la actuación médica en sí misma considerada no sea reprochable desde el punto de vista médico.

En estos casos la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo, como hemos señalado reiteradamente (así nuestro Dictamen 165/18, de 12 de abril, en el que se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (recurso 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (recurso 2302/2009)).

En punto a su concreta indemnización, la sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (P.O. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, y señala que la cuantía debe fijarse *“de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”*.

Por ello, esta Comisión, como en dictámenes anteriores, valora el daño ocasionado por la falta de consentimiento en 6.000 euros como también hace la propuesta de resolución.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer una indemnización de 6000 euros por vulneración del derecho a la información del reclamante.

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 23 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 423/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid