

Dictamen nº: **104/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **01.03.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 1 de marzo de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por Dña., (en adelante “*la reclamante*”) por los daños y perjuicios que atribuye a una intervención de juanetes en el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda (HUPH).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de junio de 2013, la reclamante presentó un escrito en el registro del Servicio Madrileño de Salud solicitando una indemnización por las secuelas supuestamente derivadas de la asistencia sanitaria prestada en el citado Hospital.

En su escrito afirma que desea reclamar por la mala praxis que hubo en su operación ya que el resultado no ha sido satisfactorio sino todo lo contrario ya que tiene secuelas importantes. Por ello desea que se valore esa intervención y se le ofrezca una solución.

Solicita, asimismo, que se le indemnice por las secuelas que le dejaron.

Aporta diversa documentación médica incluida una radiografía así como la contestación a una queja planteada al Hospital.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo al que se ha incorporado la historia clínica del HUPH ha puesto de manifiesto los siguientes hechos.

La reclamante, nacida en 1948, con antecedentes de lupus eritematoso sistémico en tratamiento por Reumatología, fue diagnosticada el 15 de diciembre de 2010 de *hallux valgus* bilateral, en el pie izquierdo presentaba “*luxacion mtf 1º dedo 1º meta insuficiente dolor eb cabeza 2º 3º y 4º mtt juanete de sastre*”. En el pie derecho presentaba *hallux rigidus* no doloroso.

Se propone osteotomía cabezas metatarsianos, alineamiento del 1º radio y corrección del juanete de sastre. Se solicita preoperatorio y se incluye en lista de espera quirúrgica (folio 101).

Ingresa para intervención el día 26 de mayo de 2011. Se realiza incisión longitudinal sobrehallux. Buniectomía. Tenotomía adductor hallux. Osteotomía tipo Chevron primer meta. Estabilización con 2 agujas de Kirschner. Osteotomía Weill 2º-3º-4º metatarsiano (osteosíntesis twist off). Incisión lateral sobre juanete de sastre. Se plante la retirada de agujas en 6 semanas (folio 102).

En la radiografía de control el 15 de junio de 2011 presenta muy buena corrección (folio 104).

El 29 de junio de 2011 se programa la retirada de aguja para lo que firma consentimiento informado (folio 104), La retirada se realiza el 21 de julio (folio 105).

El 24 de agosto se pauta un separador de silicona entre el primer y el segundo dedo y se anota que la paciente no está satisfecha (folio 105).

El 25 de noviembre presenta hipoestесias y metatarsalgias. Se plantea la posibilidad de nueva cirugía.

El 15 de febrero de 2012 es vista por Rehabilitación que anota que presenta hundimiento de metatarsianos medios y la cirugía no ha sido resolutive. Se pauta órtesis de descarga (folios 106-107).

Es remitida al Hospital Central de la Cruz Roja para segunda opinión. Encuentran en el pie izquierdo (operado), recidiva de *hallux valgus* y en el derecho, *hallux valgus* con dedo en martillo, siendo operada de dicho pie derecho el 31 de julio de 2012, realizándose corrección y artrodesis de 2º dedo.

Existe consentimiento informado para esta intervención de *hallux valgus* en el que constan las posibles complicaciones destacando la rigidez articular y la reaparición de la deformidad.

En enero de 2013 está pendiente de la posibilidad de nueva intervención (folio 107).

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

El 24 de junio de 2013 se requiere a la reclamante para que mejore su solicitud con una exposición detallada de los hechos, los daños padecidos, la relación de causalidad con los servicios públicos y cuantía que reclama.

El 28 de junio de 2013 la reclamante presenta un manuscrito en el que afirma que tras la intervención del 26 de mayo de 2011 presenta insensibilidad en la mitad del pie izquierdo, sin fuerza y con dolor, lo cual no presentaba antes de la intervención. Se pregunta por qué la operaron si estos resultados son normales en este tipo de intervenciones. Afirma que le han prescrito unas plantillas que antes no necesitaba y que cuestan 200 euros. Solicita “*justicia*” y que, si no le arreglan el pie, le indemnicen con 20.000 euros.

El 16 de julio de 2013 emite informe el Servicio de Rehabilitación en el que destaca que vieron a la paciente el 15 de febrero de 2012 comprobando la existencia de un hundimiento de arco anterior de pie por lo que prescribieron plantillas de descarga sin haber revisado a la reclamante con posterioridad.

El 20 de agosto de 2013 emite informe el Servicio de Traumatología en el que afirma que se realizó a la reclamante una corrección de *hallux valgus* mediante osteotomía distal del primer metatarsiano, de la metatarsalgia mediante osteotomía tipo Weil estabilizadas con tornillos y corrección del 5º metatarsiano.

El resultado no fue satisfactorio presentando una recidiva que en función de la limitación que produzca puede determinar la necesidad de otra intervención tal y como se le hizo saber a la interesada en la última consulta que hizo.

Destaca que la recidiva de la deformidad depende de diversos factores pero no puede relacionarse con una mala praxis. En cirugía no siempre se consiguen los objetivos esperados y no se pueden

garantizar tales resultados a los pacientes de antemano. Ha de tenerse en cuenta la mala situación ósea de la paciente con una enfermedad inflamatoria sistémica, afectación articular y tratamiento reumatológico durante largo tiempo.

Consta un informe de un médico de valoración del daño corporal de 27 de enero de 2014 en el que se recoge que no existe constancia del documento de consentimiento informado para la intervención de *hallux valgus* pero sí para la anestesia de la misma. Propone la concesión del material ortoprotésico solicitado.

Con fecha 12 de septiembre de 2013 se concede trámite de audiencia a la reclamante que presenta escrito el 24 de septiembre en el que se ratifica en su reclamación.

Se concede nueva audiencia a la reclamante el 4 de septiembre de 2014 que presenta escrito el 15 de septiembre en el que afirma que el único documento de consentimiento que firmó fue el de la anestesia (adjunta copia) y afirma que se le dijo que la intervención no tendría importancia.

Expresa su desazón por la tramitación del procedimiento de responsabilidad y pide una solución para poder calzarse.

Con fecha 17 de febrero de 2015 el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución en la que propone al órgano competente para resolver desestimar la reclamación al entender que la cirugía de *hallux valgus* es complicada y muy desagradecida sin observar vulneración de la *lex artis*.

El 26 de febrero de 2015 se solicitó dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que, por escrito de 9 de abril,

solicitó que se emitiese informe por la Inspección Sanitaria y, tras ello, se concediese nueva audiencia a la reclamante.

El 28 de abril de 2015 emite informe la Inspección Sanitaria en el que destaca que el *hallux valgus* precisa tratamiento conservador y solo si este fracasa debe acudir a la cirugía.

A la hora de preparar la cirugía ha de tenerse en cuenta la situación de la paciente (antecedentes familiares, radiología del pie en carga) y especialmente si la paciente presenta alguna enfermedad inflamatoria y/o degenerativa.

Para ello el paciente debe ser adecuadamente informado ya que estas técnicas quirúrgicas presentan numerosas complicaciones.

En el concreto caso de la reclamante es claro que el resultado no ha sido el esperado lo que puede deberse a múltiples factores. Destaca que no hay constancia en la historia clínica del consentimiento informado.

Al no haberse remitido la documentación solicitada, el Consejo Consultivo procedió a la devolución del expediente el 14 de octubre de 2015.

Tras varios intentos de notificación se concede audiencia a la reclamante el 22 de diciembre de 2015.

No consta la presentación de escrito de alegaciones.

Consta un escrito de 16 de febrero de 2016 del Servicio Jurídico del HUPH en el que afirma que no se ha localizado el documento de consentimiento informado.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución, de 15 de enero de 2018, en la que propone al órgano

competente para resolver, estimar parcialmente la reclamación al no existir documento de consentimiento informado por lo que propone una indemnización de 6.000 euros.

TERCERO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 29 de enero de 2018, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de de marzo de 2018.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de superior a quince mil euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

Con carácter previo, hemos de señalar que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera a) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas, a este procedimiento le resulta de aplicación la normativa anterior por haberse iniciado antes de su entrada en vigor.

El dictamen ha sido emitido en el plazo establecido en el artículo 23 del ROFCJA.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria a la que atribuye la producción de un daño.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó por el HUPH que forma parte de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, 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 este caso, la intervención de *hallux valgus* se realizó el 26 de mayo de 2011. La falta de resultado se manifestó posteriormente y consta que a 28 de enero de 2013 se encontraba pendiente de una nueva intervención. Por ello la reclamación presentada el 13 de junio de ese año se encontraba en plazo.

En cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el RPRP se ha incorporado, conforme el artículo 10

del RPRP, el informe de los Servicios a los que se atribuye la producción del daño y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

Se ha solicitado el informe de la Inspección Sanitaria con el resultado ya expuesto.

No obstante ha de ponerse de relieve la excesiva duración del procedimiento que abarca ya más de cuatro años.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJP-PAC y, en la actualidad, en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el citado artículo 139, es necesario que concurra:

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

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

c) Ausencia de fuerza mayor.

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

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

CUARTA.- En las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial el criterio determinante es el cumplimiento o no de la *lex artis*, en cuanto buena práctica médica. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004) define este concepto indicando (FJ 4º), que: “*según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate.*”

Por ello, la Administración no causa un daño antijurídico si su actuación no ha sido efectiva, pese a haberse aportado los medios necesarios actuando conforme la *lex artis* tal y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (recurso 2192/2010) y la más reciente de 11 de abril de 2014 (recurso 4221/2012).

En este caso nos encontramos con una reclamación que plantea claramente dos aspectos. De un lado, una inadecuada asistencia sanitaria que, según la reclamante, ha conllevado que la intervención no solo no haya solucionado su problema sino que le haya provocado múltiples problemas adicionales (dificultad para calzarse, necesidad de plantillas, dolores, etc.) y, por otra parte, una inadecuada

información ya que afirma que, si se le hubiera informado de estas secuelas, no se habría operado.

Respecto a la primera cuestión la reclamante no ofrece ninguna prueba que permita entender que, efectivamente, no existió una adecuada práctica de la intervención (*lex artis*) en tanto que el informe de la Inspección Sanitaria y el de un médico de valoración del daño, obrante en el expediente, permiten entender que no hubo ninguna actuación inadecuada sino que las secuelas que padece la reclamante son relativamente habituales en una cirugía problemática como es la de *hallux valgus* o juanetes.

Por ello no puede considerarse que exista una mala praxis por el único hecho de que la cirugía no logró los resultados que se deseaban. En este sentido la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos de la Administración han distinguido entre lo que es la medicina curativa, que tan solo supone una obligación de medios, y la medicina satisfactiva, como es la medicina estética, en la que se exige que se logre el resultado deseado por el paciente.

Como se recogió en el Dictamen 532/17, de 21 de diciembre, de esta Comisión:

“Estamos ante un caso de medicina curativa que, como afirma el Dictamen 506/13, de 23 de octubre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, citado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 790/2013), supone una obligación de medios, y no de resultado (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2012 (recurso 2294/11) de tal forma que, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 (recurso 7915/2003) y de 29 de junio de 2011 (recurso 2950/2007): “a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas

sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente.”

En este caso no consta en los informes obrantes en el expediente que se haya vulnerado la *lex artis* y la explicación que ofrece el informe del Servicio de Traumatología es perfectamente plausible. A la imposibilidad de garantizar unos resultados en la cirugía se añade como posible factor determinante de ese mal resultado el estado óseo de la reclamante como consecuencia de los tratamientos reumatológicos a los que estaba sometida.

Por ello no puede considerarse que se haya vulnerado la *lex artis* en la realización de la cirugía de *hallux valgus*.

QUINTA.- Cuestión distinta es lo relativo a la información previa a la intervención suministrada a la reclamante.

No cabe duda de la importancia de la información que ha de suministrarse a los pacientes para que presten su consentimiento, tal y como se regula en la actualidad la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, cuyo artículo 3 lo define como “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud*”, información que incluye los posibles riesgos que se puedan producir (artículo 8.3 Ley 41/2002).

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 tiene declarado el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011, de 28 de marzo.

En este caso está acreditado, y así lo recoge la propuesta de resolución, que no se ha localizado el documento de consentimiento informado. Por tanto hubo una vulneración de la *lex artis*, en concreto de las obligaciones impuestas a los servicios sanitarios por la citada Ley 41/2002.

Por ello ha de entenderse que se ha vulnerado el derecho a la información de la reclamante y se le ha ocasionado un daño moral.

En estos casos la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo -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 reciente Sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de determinar la cuantía “*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*”.

Esta Comisión viene valorando el daño ocasionado por la falta de consentimiento en 6.000 euros. No obstante, esa cantidad no deja de ser un referente que puede variarse en función de las circunstancias de cada caso de forma motivada –artículo 35.1 c) de la LPAC.

Por ello, en este caso, teniendo en cuenta que la explicación que ha ofrecido el Servicio causante del daño en cuanto a que el mal resultado de la operación quirúrgica puede deberse a las circunstancias personales de la reclamante, nos encontramos ante un riesgo específico que debía haber sido objeto de un especial deber de información conforme lo dispuesto en el artículo 10.1 b) de la Ley 41/2002, disponiendo el apartado segundo de ese precepto que: *“El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.”*

Parece obvio que el deber de información era especialmente intenso en un paciente que presentaba un *“mal estado óseo”* como consecuencia de los tratamientos a los que era sometida por su lupus eritematoso.

En consecuencia puede considerarse que el especial deber de información que existía en este caso determina un incremento en el daño moral causado lo que justifica una indemnización de 7.000 euros.

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada por mala praxis al no haberse acreditado la información facilitada a la paciente,

lo que ha causado un daño moral que debe indemnizarse con un importe de 7.000 euros.

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 1 de marzo de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 104/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid