

Dictamen nº: **423/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.09.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de septiembre de 2018, 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. por los daños y perjuicios sufridos que atribuye a una intervención quirúrgica realizada en el Hospital Clínico San Carlos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de abril de 2016 tuvo entrada en el Hospital Clínico San Carlos una reclamación de responsabilidad patrimonial, en la que la persona citada en el encabezamiento solicitaba una indemnización por los daños derivados de una intervención quirúrgica para extracción de material de osteosíntesis de la clavícula derecha realizada en el citado centro hospitalario.

En el escrito la interesada relataba de forma sucinta que tras la realización de una radiografía había sido informada de que tenía incrustada “*por error quirúrgico un fragmento de broca*”, a lo que atribuía los dolores que decía padecer.

Por lo expuesto solicitaba que se adelantase una cita médica que tiene concertada para el mes de junio y que se indemnizara el daño en cuantía que no concretaba.

El escrito de reclamación se acompañaba con documentación médica relativa a la interesada (folios 1 a 4 del expediente).

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

La reclamante, el día 17 de agosto de 2014, cuando contaba con 37 años de edad, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Clínico de San Carlos al padecer dolor de hombro derecho con impotencia funcional “*atraumática*”, evidenciándose fractura del tercio distal de clavícula. Fue intervenida quirúrgicamente el 26 de agosto de 2014, realizándose, mediante abordaje superior, osteosíntesis con una placa gancho de 5 orificios de 12 mm de profundidad y tornillos.

El 4 de noviembre de 2014 la interesada acudió al Servicio de Urgencias del mismo centro hospitalario por dolor e impotencia funcional de hombro al realizar un esfuerzo brusco. Tras estudio radiológico se observó una fractura de clavícula medial por lo que se decidió la retirada de la placa gancho y osteosíntesis con una placa superior de clavícula, lo que se realizó el 27 de noviembre de 2014.

En el seguimiento posterior de la evolución clínica de la reclamante se alcanzó el diagnóstico de intolerancia al material de osteosíntesis por lo que se programó intervención quirúrgica. La reclamante firmó el consentimiento informado para la intervención en el que se describían los riesgos y complicaciones más relevantes figurando los generales para cualquier intervención: infección, hemorragia, defectos en la cicatrización, apertura de la herida, trombosis y embolias, y los específicos, como la infección o la lesión neurovascular.

El 8 de octubre de 2015 se procedió a la retirada de placas y tornillos. No constan incidencias intraoperatorias. Tras un postoperatorio inmediato sin complicaciones, estando la reclamante hemodinamicamente estable, afebril y sin complicaciones neurovasculares postquirúrgicas, se decidió el alta hospitalaria, el mismo día de la intervención.

En la revisión de 28 de marzo de 2016 la reclamante presentaba dolor en el foco de la fractura de la clavícula que no estaba consolidado radiológicamente, por lo que se solicitó un TAC para realizar un estudio complementario. Se informó a la interesada de la presencia de un pequeño fragmento metálico en la clavícula correspondiente a una broca.

La prueba solicitada es realizada el 8 de abril de 2016 en el Hospital de la Cruz Roja apreciándose en el tercio distal de la clavícula un defecto focal correspondiente a pseudoartrosis. Con este diagnóstico, el 30 de mayo de 2016 se propuso intervención quirúrgica y se explicaron los riesgos de la cirugía.

Según el informe del Servicio de Traumatología emitido en el procedimiento, el 7 de julio de 2016 se realizó la intervención quirúrgica de la pseudoartrosis de la clavícula derecha “*mediante refrescamiento de los bordes óseos, extracción parcial del fragmento metálico, aporte de matriz ósea desmineralizada y osteosíntesis con una placa superior y una placa anterior*”.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante del Hospital Clínico San Carlos (folios 7 a 80 y 85 a 103 del expediente).

Consta en los folios 106 a 108 que un abogado en representación de la interesada presentó un escrito en el que concretaba la indemnización solicitada en 50.000 euros, en atención a los días de incapacidad temporal, secuelas, lucro cesante y daños morales que no precisaba, sin perjuicio de una ulterior valoración una vez que se examinara el expediente. Además anunciaba la futura aportación al procedimiento de un informe pericial y alegaba falta de consentimiento.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha recabado informe del Servicio de Traumatología del citado centro hospitalario que el 20 de mayo de 2016 manifestó que la interesada presentaba un pequeño fragmento distal metálico procedente de la cirugía de osteosíntesis de fractura de clavícula de agosto de 2014, que no suponía ningún perjuicio para la reclamante y que su retirada produciría mayor daño que beneficio. El informe añadía que se había adelantado la cita de la interesada, como esta solicitaba en su escrito de reclamación, para el día 30 de mayo de 2016.

El 17 de octubre de 2016 se emitió un informe complementario por el Servicio de Traumatología del citado centro hospitalario en el que se detalla el *iter* asistencial a la interesada tras sufrir una fractura de la clavícula derecha el 17 de agosto de 2014. En lo que interesa a la reclamación el informe expone que el 28 de marzo de 2016 la paciente presentaba dolor a nivel del foco de la fractura de la clavícula por lo que se solicitó un TAC y se programó para nueva cirugía por presentar la interesada pseudoartrosis de clavícula diafisaria. Añade que se informó a la interesada de que se apreciaba un pequeño fragmento metálico en la clavícula que se intentaría extraer en la cirugía. El informe explica que el fragmento correspondía al extremo de una broca y que su rotura se

produjo por el fenómeno conocido como “*fatiga de los materiales*” y que dicho fenómeno no es infrecuente, que los restos no suponen habitualmente ningún riesgo ni efecto lesivo si bien sus intentos de extracción tienen un alto índice de morbilidad local.

También se ha incorporado al procedimiento el informe de la supervisora del Bloque Quirúrgico de Ortopedia y Traumatología del Hospital Clínico San Carlos en el que se da cuenta de que el personal de enfermería del Bloque Quirúrgico 5ª Sur, especializado en Traumatología y Ortopedia, es el encargado de la revisión del material que se utiliza, teniendo especial atención al estado de las brocas, de manera que si observa que la punta de la broca está brillante, se desecha y se utiliza una broca nueva.

Asimismo figura en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria que tras examinar la historia clínica de la reclamante y los informes emitidos en el curso del procedimiento expone que el percance sufrido por la interesada se trata de un accidente descrito en el tipo de intervenciones como la que se practicó a la interesada el 8 de octubre de 2015 y que se produce por un sobreesfuerzo que supera la resistencia del material , sin que ello implique la presencia de una técnica quirúrgica inadecuada y añade que sobre todo , la observación de un fragmento metálico, intraóseo, sin que determine por su posicionamiento complicaciones neurológicas, vasculares , musculares o tendinosas o cinéticas , no constituye *per se* un daño relevante, y antes de proceder a su retirada con una intervención quirúrgica , es razonable considerar el traumatismo que se deriva de la propia intervención en relación al hecho de mantener una sustancia metálica inerte. El informe concluye indicando que en este caso la evolución clínica de la paciente ha sido hacia una pseudoartrosis “*a pesar de que el análisis del abordaje terapéutico realizado en el HCU San Carlos permite validar su corrección*”

tanto en nivel de medios como en planificación y desarrollo de las técnicas”.

Una vez emitidos los anteriores informes se confirió trámite de audiencia a la interesada. No consta en el expediente que la reclamante formulara alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Finalmente el 11 de julio de 2018 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud por delegación del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución en la que se estima parcialmente la reclamación reconociendo a la interesada una indemnización de 3.000 euros. La propuesta considera que el incidente ocurrido en la cirugía *“no implica en modo alguno una mala praxis en la citada intervención sino que es una complicación posible de este tipo de cirugía, y se produce por un sobreesfuerzo que supera la resistencia del material”* y además en este caso no tuvo relevancia alguna en la evolución clínica de la paciente. La indemnización propuesta se basa en la consideración de que aun no existiendo un daño físico derivado de los hechos reclamados, sí hubo un daño moral por infracción del derecho a la información de la interesada, pues tratándose de un riesgo conocido de ese tipo de cirugías, no se hallaba recogido en el documento de consentimiento informado.

CUARTO.- El 25 de julio de 2018 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 373/18 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 27 de septiembre de 2018.

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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según establece su artículo 1.1. No obstante, de conformidad con su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación formulada con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, resulta de aplicación la normativa anterior, esto es, los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, que han sido desarrollados en el RPRP.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, en cuanto es 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 Clínico San Carlos, centro hospitalario 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 142.5 de la LRJ-PAC). En el presente caso, la interesada denuncia mala praxis en la intervención realizada el 8 de octubre de 2015, a la que imputa la rotura de un fragmento de broca utilizado en la cirugía que quedó incrustado en la zona de la clavícula y de cuya presencia fue informada en marzo de 2016, por lo que no cabe duda que la reclamación presentada el 12 de abril de ese año se ha formulado en plazo legal.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se han recabado informes de los servicios médicos implicados del Hospital Clínico San Carlos. Consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente. Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a la reclamante de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, tal y como establece el artículo 12.1 en relación con el artículo 13.2 del RPRP, propuesta 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 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada Ley 39/2015, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP, dada la fecha de iniciación del procedimiento.

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, la interesada en su escrito inicial de reclamación imputa a la intervención quirúrgica para retirada de material de osteosíntesis realizada en el Hospital Clínico San Carlos el 8 de octubre de 2015, en la que se produjo la rotura de una broca utilizada en la cirugía, los daños consistentes en los dolores que decía padecer en esa fecha. Posteriormente, tras haber sido intervenida quirúrgicamente el 7 de julio de 2016, la reclamante presentó un escrito, asistida por un abogado, imputando a la citada intervención del año 2015, los daños consistentes en incapacidad temporal, secuelas, lucro cesante y daño moral asociado que decía sufrir la interesada. Además alegaba la falta de consentimiento.

En primer lugar, cabe señalar que no resulta controvertido en el expediente el hecho de la rotura de una broca durante la intervención quirúrgica para la retirada de material de osteosíntesis realizada el citado 8 de octubre de 2015, pues así lo reconoce el informe del Servicio de Traumatología incorporado al expediente, lo que también consta en la historia clínica examinada donde figura el resultado de las prueba radiológica realizada tras la intervención en la que se comprobó la presencia de un fragmento metálico que se atribuye a ese instrumento quirúrgico.

Así las cosas procede examinar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial en el caso controvertido, comenzando por la existencia de un daño efectivo y posteriormente por la relación de causalidad entre el daño acreditado y la asistencia sanitaria reprochada.

No cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recuerda la Sentencia de 6 de

octubre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 32/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que “(...) *la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado*”.

De la historia clínica examinada resulta acreditado que tras la intervención quirúrgica de 8 de octubre de 2015, por el Servicio de Traumatología se pautaron unas pruebas diagnósticas (Rx y TAC) por sufrir la interesada dolor en la zona de la clavícula fracturada que había sido intervenida quirúrgicamente. Resulta también acreditado que la interesada se sometió a una intervención quirúrgica el 7 de julio de 2016 por pseudoartrosis en la que además se llevó a cabo la extracción parcial del fragmento metálico procedente de la broca existente en la clavícula. Ambos conceptos, los dolores y la cirugía, podrían considerarse un daño efectivo, susceptible de ser indemnizado, si concurrieran los demás presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

Por el contrario la interesada, a quien corresponde la prueba de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, según hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, no ha aportado ninguna documentación acreditativa de la incapacidad temporal, el lucro cesante y las secuelas que decía padecer en su escrito complementario presentado durante la tramitación del expediente. Por lo que se refiere al daño moral reclamado por la interesada, no cabe desconocer lo que hemos señalado en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora (Dictamen 212/17, entre otros), en los que nos hicimos eco de la doctrina del Consejo Consultivo, en relación con el indiscutible daño moral que resulta de haber tenido alojado en el cuerpo un objeto extraño como resultado de la asistencia sanitaria dispensada. Ello además del

daño moral que pueda resultar de la falta de información a lo que aludiremos posteriormente al analizar la falta de consentimiento invocada por la interesada.

Conforme a lo que hemos expuesto y dado que se aprecian algunos daños efectivos susceptibles de indemnización a través del instituto de la responsabilidad patrimonial debemos analizar la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público sanitario.

En primer lugar por lo que se refiere a los dolores que padecía la interesada no existe prueba en el expediente de que los mismos derivasen del fragmento metálico alojado en el cuerpo de la reclamante. Por el contrario el informe de la Inspección Sanitaria, que no ha sido desvirtuado por la interesada, afirma que por su posicionamiento se trata de una material inerte intraoseo que no conlleva complicaciones neurológicas, vasculares, musculares, tendinosas o cinéticas. En la misma consideración incide el informe del Servicio de Traumatología que afirma que la presencia de esos restos “*no suponen habitualmente ningún riesgo ni efecto lesivo*”. Ambos informes atribuyen la evolución clínica de la interesada a la pseudoartrosis que posteriormente se apreció y que no parece guardar relación con la rotura de la broca, según se deduce de los citados informes.

Por lo que se refiere a la intervención quirúrgica realizada el 7 de julio de 2016 resulta del expediente que la misma vino motivada por la corrección de la pseudoartrosis de la interesada y no por la presencia del fragmento metálico, aunque en la citada cirugía se realizó de manera complementaria la extracción parcial de dicho resto. En consecuencia no puede entenderse que pueda imputarse la necesidad de someterse a una nueva intervención quirúrgica a la rotura de la broca, aunque sí cabe reconocer que dicha intervención se hizo más compleja por la retirada del fragmento metálico, teniendo en cuenta que según el informe del

Servicio de Traumatología *“sus intentos de extracción tienen un alto índice de morbilidad local”*.

Considerado el daño que acabamos de reconocer por la agravación de la intervención quirúrgica así como el daño moral al que anteriormente aludimos por el hecho de tener la interesada alojado un objeto extraño en el cuerpo, no cabe sino considerar que los mencionados daños deben ser indemnizados por la Administración pues por más que pueda ser frecuente la rotura de ese material, como informa la Inspección Sanitaria, no deja de ser revelador de un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, máxime si como explica el Servicio de Traumatología dicha rotura se produjo por una *“fatiga de los materiales”*, lo que implica que el material quirúrgico no se encontraba en perfectas condiciones de uso. Cabe en este punto traer a colocación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 28 de abril de 2000 en la que la Administración también adujo la fatiga del material y la Sala señaló que esa expresión *“puede traducirse como utilización de un material en un estado de conservación que no era el adecuado, puesto que es evidente que no resulta habitual que el material quirúrgico se rompa y se quede en el interior de las personas intervenidas”* a lo que añade que *“resulta palmario que (el reclamante) no tiene por qué soportar sin más tal circunstancia, debida obviamente a descuido en el material empleado, por lo que parece clara la obligación de indemnizar por parte de la demandada”*.

Por lo tanto en este caso resulta clara la existencia de un funcionamiento anormal del servicio sanitario, que determinó unos daños para la reclamante que guardan relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público sanitario y que la interesada no tiene la obligación de soportar.

QUINTA.- En cuanto a la queja que efectúa la reclamante relativa a la información suministrada, ha de recordarse que esta Comisión viene

destacando la importancia del derecho a la información que tienen los pacientes, tal y como ha sido desarrollado por la Ley 41/2002, de 14 noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y que el Tribunal Constitucional en su STC 37/2011, de 28 de marzo, ha conectado con el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución Española.

En cuanto a la forma en que ha de prestarse el consentimiento, el artículo 8.2 de la citada ley establece 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 e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*.

En relación con la prueba de la prestación del consentimiento informado en debida forma se ha señalado que al exigirse en los supuestos citados del artículo 8.2 que el consentimiento informado se ajuste a la forma documental, tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba. De esta manera se ha dicho que la información suministrada debe ser completa y que debe ser la Administración Sanitaria quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención.

En el presente caso consta que la reclamante firmó un documento de consentimiento informado para la intervención de retirada de material de osteosíntesis realizada el 8 de octubre de 2015, en el que, según hemos hecho constar en los antecedentes de este dictamen, consta descrito el procedimiento, los beneficios esperables, los procedimientos alternativos así como los riesgos. No obstante coincidimos con la propuesta de resolución en que la citada información no fue completa, pues si, conforme a lo expuesto por el Servicio de Traumatología y la Inspección Sanitaria en el curso del procedimiento, la rotura de la broca no resulta infrecuente en este tipo de intervenciones, tal riesgo debería haber figurado en el documento de consentimiento informado firmado por la interesada, por lo que cabe considerar que ha existido en este caso una vulneración del derecho de la reclamante a una adecuada y completa información.

Esta Comisión siguiendo la doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid avalada por la doctrina judicial (así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de enero de 2017 (rec. núm. 826/2914) que recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo), considera que la vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye un daño moral. Para 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 que 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”*.

En el caso de la reclamante, ponderando las circunstancias, en las que ha de tenerse en cuenta que la rotura de la broca ha tenido escasa

repercusión en la evolución de la interesada, consideramos adecuada reconocerle una indemnización de 3.000 euros como sostiene la propuesta de resolución.

SEXTA.- Nos resta valorar la indemnización correspondiente al resto de los daños que hemos considerado acreditados y que guardan relación con la asistencia sanitaria reprochada.

En primer lugar el daño moral derivado de la circunstancia de haber tenido alojado en el cuerpo un objeto extraño, cuya valoración es extremadamente complicada por su gran subjetivismo, no existiendo módulos o parámetros objetivos. Por ello, atendiendo a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta también la escasa repercusión que la presencia del fragmento ha tenido en el desenvolvimiento de la patología de la reclamante y el tiempo que dicho material permaneció en el cuerpo de la interesada, consideramos razonable reconocer una indemnización de 2.000 euros por este concepto.

En segundo lugar se hace preciso fijar la indemnización por la intervención quirúrgica a la que debió someterse la interesada, si bien, como ya expusimos, no debe contemplarse en su totalidad, pues la citada cirugía tenía por objeto corregir la pseudoartrosis diagnosticada a la reclamante, sino tan solo la agravación que la intervención sufrió como consecuencia de la extracción del fragmento de broca. En estas circunstancias consideramos razonable una indemnización de 1.000 euros por este concepto.

Por todo lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer a la interesada una indemnización de 6.000 euros, cantidad que deberá ser actualizada a la fecha que se dicte la propuesta de resolución conforme el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

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 27 de septiembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 423/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid