

Dictamen nº: **264/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.06.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 30 de junio de 2020, 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*” o “*la paciente*”) en relación con la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Infanta Cristina, con motivo de una operación en su rodilla izquierda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de octubre de 2018 se recibe en el registro del Servicio Madrileño de Salud, la reclamación formulada por la persona citada en el encabezamiento, en la que se ejercita reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos, por la asistencia sanitaria prestada en Hospital Infanta Cristina (HIC), donde el 15 de septiembre de 2017 se llevó a cabo una intervención quirúrgica en su rodilla izquierda (folios 1 a 13 del expediente administrativo).

Según expone la reclamante, después de la operación quirúrgica de la rodilla izquierda, por luxación recidivante de rotula, se le dio de

alta al día siguiente, 16 de septiembre de 2017, “*supuestamente por curación y mejoría*”; pero seis meses después, continuaba con dolores. Refiere que la “*rehabilitación la tuve que hacer por mi cuenta, porque el hospital no me la hizo. Y tuve que pedir cita con la cirujana que me operó de la Rodilla Derecha de lo mismo que lo de la izquierda en la Fundación Jiménez Díaz*”. Señala que una vez en ese centro, me hicieron radiografías, “*y resulta que la rodilla sigue igual que antes de someterme a la operación del día 15 de septiembre de 2017, incluso los tornillos están mal puestos y uno de ellos doblados, por eso me dolía tanto la rodilla*”.

Continúa indicando que fue diagnosticada de “*Tendinopatía postquirúrgica*”, y la doctora le propuso operarse de nuevo para reconstruir el ligamento, lo cual se realizó el 5 de septiembre de 2018. Finaliza indicando que “*esta 2 intervención (sic) no tenía que haber ocurrido si el doctor... no hubiese tenido esos fallos en la intervención, quiero recordar que tampoco se me pidió el consentimiento previo el día de dicha operación*” y que “*resulta evidente la inequívoca relación de causalidad entre las lesiones producidas y el funcionamiento de los servicios públicos de esa Administración Pública*”.

Reclama por ello la cantidad de “*50.000 a 75.000 euros*”, en concepto de indemnización por daños y perjuicios producidos y acompaña como documentos, informes médicos del Hospital Fundación Jiménez Díez (HFJD), fotografía de una radiografía de ambas rodillas, e informes del HIC (folios 1 al 13 del expediente). Solicita además, la prueba testifical del doctor que le operó en el HIC.

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

1.- La paciente de 19 años de edad en el momento de los hechos, acude al HIC el día 13 de febrero de 2017, refiriendo dolor en rodilla izquierda. Es atendida en la Consulta de Cirugía Ortopédica y Traumatología. Como antecedente, figura que la paciente ya había sido intervenida de la rodilla derecha en 2013, en el HFJD. Ese día se solicita un TAC de rótulas para conocer el estado de ambas.

El 5 de abril de 2017, acude a resultados: “(...) *Realizamos estudio con adquisición de cortes axiales de ambas rodillas, con posteriores reconstrucciones en los planos coronal y sagital con ventana de hueso y reconstrucción para medición del TAGT. Las medidas en la rodilla derecha son (...) Las medidas en la rodilla izquierda son (...)*”.

Por el facultativo responsable se observa “*Luxación Recidivante de rótula izquierda y se propone realineación proximal y distal por medio de tornillo Fulkerson en rodilla izquierda*”.

Firma el Consentimiento informado “*de anestesia general y loco regional*” el día 1 de junio de 2017 (folios 27 y 28) y ese día se efectúa el informe preanestésico (folio 22).

2.- El 15 de septiembre de 2017 la reclamante acude al ingreso programado para cirugía por luxación recidivante de rodilla izquierda. Se realiza mediante la técnica Fulkerson, sin complicaciones. La enfermería anota: “*Buen estado general, consciente y orientada, afebril y con molestias, refiere EVA-3 (escala de dolor). Control del dolor con analgesia pautada*”. (Folios 25 y 16)

El 16 de septiembre, se constata dolor controlado con la analgesia pautada. Se le da el alta a domicilio “*por curación o mejoría*” ese día, con tratamiento pautado y recomendaciones. (Folio 24).

El 25 de septiembre, acude a revisión por el Servicio de Enfermería y se le retiran las grapas. En su historia clínica de Atención Primaria constan asistencias el 21 de septiembre, y el 28 de septiembre, figurando *“va mejor y camina a diario con las muletas”*.

El 11 de octubre de 2017 recibe atención tanto médica como de enfermería en el HIC. En esta última consta en el evolutivo: *“buena evolución, extensión activa de la rodilla, dolor controlado. RX de control: no movilización secundaria, no callo”*. (Folio 34)

El 30 de octubre, la paciente acude a Consulta de Rehabilitación; juicio diagnóstico *“Qx luxación recidivante de rótula”*. Refiere dolor en zona rotuliana. En tratamiento con ibuprofeno. Se le pauta tratamiento de cinesiterapia: *“Se le avisará por teléfono para iniciar tratamiento de rehabilitación y se le entrega hoja de información sobre ausencias en el tratamiento”* (Folio 35).

El 15 de noviembre, la paciente es revisada en Consultas Externas de Traumatología, (folio 34) donde se hace constar que *“Hace la fisio por su cuenta. Buen trofismo muscular. Cicatriz cara anterior”*. Refiere *dolor en tendón rotuliano*. La radiografía muestra *“osteotomía consolidada”*.

El día 23 de noviembre de 2017, en el evolutivo del Servicio de Rehabilitación consta: *“No asiste a tratamiento ningún día”*, y se le da el alta (folio 35).

3.- El 31 de mayo de 2018 (9 meses después de la cirugía) la paciente acude a valoración a otro hospital, HFJD donde se le hizo la anterior cirugía en la otra rodilla. (Folios 82 y ss). Se le cita con la misma especialista que le operó en 2013.

Refiere dolor en rodilla izquierda sobre tornillos TTA y en rótula. *“No ha vuelto a tener luxación de rótula pero sí tiene aprehensión”*.

El 10 de julio es examinada por la especialista: *“rótula casi luxable, tornillos distales sin protrusión, adecuado centraje de la rótula pero se lateraliza a partir de 50° de flexión”*. Se solita TC rodilla izquierda para *“valorar ángulos de mala alineación actuales y plantearnos técnica necesaria”*.

El 23 de agosto refiere un episodio de luxación de rótula izquierda. Resultados: *“cambios postquirúrgicos y EMO de tornillos en RD. Ambas patelas altas. Tendinopatía postquirúrgica distal rotuliana bilateral”*. Se propone cirugía de reconstrucción de MPFL con autoinjerto de isquiotibiales.

La paciente firma los consentimientos informados tanto para la anestesia, el 28 de agosto, como para la cirugía de rodilla, el 23 de agosto. (Folios 44 y ss).

La operación se realiza el 5 de septiembre de 2018 (folio 86): *“Paciente que ingresa con diagnóstico de recidiva de luxación rotuliana izquierda, tras osteotomía de Fulcrson. Previa valoración por el S. de Anestesiología es intervenida, bajo anestesia general + bloqueo femoral, para realizar reconstrucción del ligamento patelofemoral medial con autoinjerto de isquiotibial (semitendinoso) utilizando sistema MPFL de Arthrex. Se realiza extracción de los dos tornillos de la osteotomía previa”*.

Se le da de alta el mismo día con las siguientes instrucciones: *“Puede caminar con apoyo de la extremidad y carga parcial de la extremidad intervenida ayudado de bastones ingleses, utilizando inmovilizador universal de rodilla en extensión, no articulado”*. Acude a Enfermería para curas el 11 de septiembre de 2018: *“Retiro vendaje. Heridas con buen aspecto”*.

4.- En cuanto a la historia clínica en Atención Primaria, la Inspección manifiesta haber accedido al programa Horus, de donde extrae la siguiente información: *“la reclamante estuvo de baja desde el 21/9/2017 (ILT) confirmándose por diferentes partes. El 13/11/2017: no acude a la cita médica y el 16/11/2017, se emitió alta por mejoría para proceso de IT”*.

TERCERO.- Presentada 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 (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente el informe del responsable del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital Infanta Cristina, de 5 de noviembre de 2018 (folios 18 y siguientes) en el que expone la asistencia prestada a la paciente, desde el 13 de febrero de 2017 en que acudió por dolor en la rodilla. Refiere que *“tras prueba de imagen se observa Luxación Recidivante de rótula izquierda y se propone la intervención quirúrgica en rodilla izquierda, realizada el 15 de septiembre de 2017, para realineación proximal y distal con tornillo Fulkerson”*. En cuanto a la evolución posterior, indica que *“la paciente es atendida en dos ocasiones por el personal de enfermería y otras dos por el personal facultativo especialista en traumatología. En ninguna de las atenciones se observa la existencia de complicaciones. La prueba radiológica de control informa de una buena consolidación del material de osteosíntesis”*.

Significa que la paciente *“no realiza rehabilitación en este centro por voluntad propia, por lo que no se pudo tener control de la misma. Tampoco comparece a las posteriores citas de seguimiento en consulta Externa de Traumatología para revisión de la evolución de la intervención quirúrgica”*. Por lo que señala que *“a los profesionales de*

este centro se les ha impedido conocer la evolución de la paciente, así como adoptar las medidas que fueran necesarias en caso de que se hubiera observado en algún momento la existencia de complicaciones”.

Con fecha 27 de junio de 2019, emite informe la Inspección Sanitaria (folios 187 y ss) que tras analizar la reclamación, referir los hechos, efectúa diversas consideraciones generales sobre la luxación recidivante de rótula que se da con mayor frecuencia en jóvenes (menos de 20 años) mujeres, y deportistas. Señala que la paciente de 19 años de edad, es jugadora de fútbol y que ya fue operada en 2013 de la otra rodilla en el HFJD. Indica respecto de los tornillos que se introducen, que en casi la mitad de los casos (49%) de este tipo de intervención, fue necesaria la extracción del material de osteosíntesis. En el juicio clínico indica: *“En ningún momento se cuestiona el diagnóstico, la indicación terapéutica quirúrgica y la elección de la técnica utilizada por parte del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del HIC, donde se indicaron las revisiones e interconsultas en orden y tiempo aconsejable”.*

Respecto de la rehabilitación, el inspector constata lo anotado en la historia clínica (*“no acude ningún día a sus citas”*) y que por tanto, *“no se le ha denegado atención médica en el citado centro, sino que se le ofreció rehabilitación en él pero la paciente decidió realizarla por su cuenta”.*

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica de la paciente en ambos centros hospitalarios, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia con la reclamante, notificado el 11 de septiembre de 2019, que no formuló alegaciones.

Se ha formulado propuesta de resolución por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria (folios 197 a 200) la cual ni tiene fecha ni está firmada, desestimatoria de la reclamación al *“no haberse constatado*

nexo causal en sentido jurídico entre la actuación facultativa y el daño reclamado”.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 9 de marzo de 2020 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 143/20, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 30 de junio de 2020.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera 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, de 28 de diciembre, al ser de cuantía superior a 15.000 euros, por 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).

El presente dictamen se emite en plazo teniendo en cuenta la suspensión de plazos acordada en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; disposición derogada con efectos de 1 de junio de 2020, por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma, por lo que se ha reanudado el plazo de emisión del dictamen.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial por haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP).

Se cumple la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en el Hospital Infanta Cristina en Parla, centro sanitario público de su red asistencial.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, habiéndose producido la operación quirúrgica el 15 de septiembre de 2017 en el HIC y una segunda intervención en el otro hospital (HFJD) en la misma rodilla, el 5 de

septiembre de 2018, la reclamación interpuesta el día 3 de octubre de 2018 está formulada en plazo.

En relación con el procedimiento seguido se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 LPAC, al servicio causante del daño del HIC.

También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha unido al procedimiento la historia clínica de la paciente, tanto en el HIC como en el HFJD, si bien la actuación de este último centro hospitalario, no es en absoluto, objeto de reproche.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se ha dado audiencia a la reclamante, que no ha efectuado alegaciones.

Por último, se ha formulado la oportuna propuesta de resolución, si bien la misma no está firmada ni lleva fecha. Consideramos que ésta es una irregularidad no invalidante ya que sí consta firmado el oficio de remisión del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, 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 la LRJSP, completada con lo dispuesto en materia de procedimiento en la LPAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación

1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

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

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la

responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado este Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) 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, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad

probatoria, en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición.

QUINTA.- En el caso sometido a dictamen, la reclamante sostiene que ha sufrido dolor en los meses posteriores a la intervención de su rodilla izquierda y que se ha tenido que operar una segunda vez en la citada rodilla en el HFJD, ya que la operación primera realizada en el HIC se realizó según ella, incorrectamente. Además, reprocha la falta de documento de consentimiento informado para esa intervención de la rodilla.

Así, el primer requisito para la existencia de responsabilidad patrimonial ha quedado acreditado, ya que la paciente ha sufrido un daño al tener que volver a operarse de la misma dolencia.

Procede a continuación analizar, atendiendo a los reproches efectuados, si ha existido o no una mala *praxis* en la intervención quirúrgica y en la asistencia posterior en el HIC.

Respecto de la cirugía por luxación recidivante y la técnica empleada, OTT tipo Fulkerson (la técnica implica una fractura ósea controlada y recolocación mediante tornillos), el informe de la Inspección señala que ambas no se discuten, ya que la operación era necesaria y la técnica, adecuada.

En cuanto a la evolución en los meses posteriores, la Inspección refiere que se indicaron las revisiones e interconsultas en orden y tiempo aconsejable, y que en ningún momento se le ha denegado atención médica por parte de HIC. En particular y en cuanto a la afirmación de la reclamación de que “*se tuvo que buscar la rehabilitación porque el hospital se la denegó*”, queda completamente desmentida tanto por la historia clínica, como por el informe del servicio afectado, en que se constata que fue la paciente la que “*no*

acudió a ninguna de las citas” de rehabilitación, prefiriendo hacerla por su cuenta (“Hace la fisio por su cuenta”), tal y como se anotó el 15 y 23 de noviembre de 2017.

En cuanto al reproche de la existencia de dolor, es de advertir que la paciente fue operada el 15 de septiembre (y dada de alta, por buena evolución y mejoría, al día siguiente) y solo dos meses después, deja de acudir al HIC a las revisiones de Traumatología, siendo la última el 15 de noviembre. Por ello, el informe del servicio afectado refiere que *“a los profesionales de este centro se les ha impedido conocer la evolución de la paciente, así como adoptar las medidas que fueran necesarias”*. Además, indica que si hubiera existido ese dolor, la paciente hubiera podido acudir a Urgencias y no lo hizo, *“ni ha solicitado nuevas citas en traumatología para valoración de la situación que indica sufrir en su reclamación”*, además de no acudir a la rehabilitación del HIC. Por ello, entendemos que respecto a ello, la explicación que realiza el servicio afectado es adecuada y razonable.

Además, el inspector señala que en la historia clínica se anotan referencias a *“dolor controlado”* y buena evolución funcional postoperatoria, a lo que hay que añadir que en su centro de salud se refiere también el control del dolor; además, se le da el alta por su médico de Atención Primaria, el 16 de noviembre de 2017, por mejoría, lo cual no hubiera sucedido –razonablemente– si el dolor fuera grave.

Por tanto, en lo hasta aquí referido ha habido una actuación sanitaria conforme a la *lex artis*, en la intervención quirúrgica y en el seguimiento de la paciente en los meses inmediatamente posteriores.

Por último, resta analizar el reproche relativo a la ausencia de la firma del documento de consentimiento informado. Debemos recordar que este consentimiento supone *“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” (artículo 3 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).

Además el artículo 8 de la citada ley indica “1. 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. 2. 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”.

En el supuesto que nos ocupa y como hemos referido en los antecedentes de hecho, solo figura el consentimiento informado para la anestesia, pero no consta en el expediente el documento de consentimiento informado para la intervención en la rodilla, con la descripción de la operación, las alternativas posibles y los riesgos que comportaba. Por ello, es de aplicación la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional estableció desde su STC 37/2011, de 28 de marzo, declarando *“que la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo”.*

Por tanto, la falta de un documento de consentimiento informado para la cirugía en la rodilla (que sin embargo, sí figura en la segunda

intervención realizada en el otro centro hospitalario) supone una vulneración de los referidos derechos constitucionales de la paciente, que ha de ser indemnizada.

Como 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 nuestro caso, sí se entregó un documento de consentimiento informado por parte del Servicio de Anestesia, que fue debidamente firmado por la paciente, por lo que el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del HIC debió haber hecho lo mismo, ya que no estábamos ante una intervención urgente sino ante una cirugía programada.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso- Administrativo (Rec. 798/2017) en la sentencia de 14 de octubre de 2019, concluye que *“la falta de consentimiento informado es relevante y da lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2012), puesto que no se estaba ante ninguno de los excepcionales supuestos legales que exoneran de la necesidad de informar a la paciente y el procedimiento implicaba riesgos”*.

SEXTA.- Una vez establecida la existencia de un daño antijurídico que la reclamante no tiene el deber de soportar, hemos de proceder a la valoración de la cuantía indemnizatoria y lo haremos

siguiendo la doctrina que esta Comisión Jurídica Asesora viene aplicando para los casos de ausencia del consentimiento informado.

Partiendo de que la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo -sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (r. 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (r. 2302/2009) y que en cuanto a su concreta indemnización, la sentencia de 11 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (r. 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”*.

En el caso que nos ocupa, siguiendo el criterio de los dictámenes 165/18 de 12 de abril, 550/18 de 13 de diciembre y más recientemente, el 25/20, de 23 de enero y el 134/20 de 12 de mayo, procede otorgar una indemnización de 6.000 €.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, por ser la inexistencia de consentimiento informado contraria a la *lex artis*, e indemnizar a la reclamante con la cantidad de 6.000 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 30 de junio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 264/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid