

Dictamen nº: **372/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **15.09.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 15 de septiembre 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., representada por un abogado, por los daños y perjuicios sufridos que atribuye a la cirugía realizada en el Hospital Clínico San Carlos por una displasia de cadera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 30 de enero de 2019 en el Servicio Madrileño de Salud, la persona mencionada en el encabezamiento, representada por un abogado, formula reclamación de responsabilidad patrimonial en la que relata que en el año 2013 padecía dolores en su cadera izquierda de un año de evolución por lo que acudió a una clínica privada de Madrid especializada en Traumatología, donde fue diagnosticada en el mes de agosto de una displasia de cadera y realizada una ArthroRMN se objetivaron signos de rotura longitudinal del labrum anterosuperior.

La reclamante refiere que, en noviembre de 2013, los especialistas de la clínica privada sugirieron que la interesada era candidata para ser intervenida de su displasia de cadera, lo que motivó que se dirigiera al Hospital Clínico San Carlos para ser valorada sobre la posible intervención quirúrgica de osteotomía periacetabular. Relata que el 17 de junio de 2014, fue intervenida en el referido centro hospitalario de una osteotomía periacetabular de Ganz, vía de abordaje Smith-Petersen y osteosíntesis con dos tornillos de esponjosa, que requirió un periodo de hospitalización de 14 días, recibiendo el alta hospitalaria el 30 de junio de 2014.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, la interesada expone que acudió a sus revisiones durante el año 2014 y 2015 y que la evolución fue tórpida, destacando dolores intensos en la cadera y dificultad en la marcha, pero, pese a la anterior, el especialista le indicó en todo momento que su cuadro clínico evolucionaba de forma correcta, con buena orientación y buena consolidación. Según el relato de la interesada, ante la ausencia de mejoría clínica, acudió a la anteriormente citada clínica privada para obtener una segunda opinión y allí le informaron que en las pruebas de imagen realizadas no existía evidencia de consolidación y que la displasia parecía mal corregida. Por lo anterior solicitaron un TAC, realizado el 7 de julio de 2015, que confirmó la ausencia de consolidación y la deteriorada situación de la cadera que imposibilita la marcha, por lo que se hacía precisa una nueva intervención que tratase de corregir la compleja situación que presentaba.

La interesada relata que el 14 de octubre de 2015 fue intervenida en una clínica de Barcelona, mediante la realización de una osteotomía de Ganz izquierda con nueva redirección acetabular por osteotomía de Ganz de cuña de sustracción iliaca anteromedial y con remodelación de la espina iliaca antero interior y previa retirada del material de

osteosíntesis. Refiere que, a las 13 semanas de la intervención, evolucionaba correctamente en el control radiográfico.

La interesada expone que el 27 febrero de 2018, fue intervenida para la retirada del material de osteosíntesis y que, tras las últimas pruebas diagnósticas realizadas por el especialista de Barcelona, le han informado que no había sido posible la recuperación de su pelvis/cadera debido a la falta de simetría de las caderas habida cuenta que no fue posible corregir completamente por la posición en que dejaron el acetábulo tras la primera intervención y que la esperanza de vida de su cadera no iba a ser superior a 10 años, por lo que inevitablemente tendría que someterse a una intervención de prótesis total en su cadera izquierda.

En virtud de lo expuesto, el escrito de reclamación reprocha que la cirugía de 17 de abril de 2014 fue técnicamente incorrecta, como entiende se puede apreciar en el TAC realizado el 21 de mayo de 2015. Además, denuncia que el seguimiento fue deficiente y la interesada tuvo que ser reintervenida, padeciendo secuelas en el momento de la reclamación y con una esperanza de vida de su cadera izquierda muy reducida, que le obligará en unos años a someterse a una nueva cirugía para implantar una prótesis total de cadera. Asimismo, reprocha un defecto de información al ser el consentimiento informado firmado antes de la cirugía genérica para cirugía ortopédica y traumatología y no contemplar los riesgos específicos de la intervención ni los riesgos personales de la paciente, así como tampoco el posible fracaso del tratamiento o la posible falta de consolidación.

Por todo ello se solicita una indemnización desglosada en los siguientes conceptos: perjuicio personal básico y particular por pérdida temporal de calidad de vida, 733 días (21 de hospitalización y 712 de perjuicio moderado), 38.599 euros; perjuicio personal particular, intervenciones quirúrgicas, 2.250 euros; perjuicio personal básico,

secuelas: secuelas psicofísicas (8 puntos) y perjuicio estético ligero (3 puntos), 10.702,41 euros; perjuicio personal particular, perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionado por las secuelas, 15.000 euros; gastos: gastos de hotel (177 euros); reintervención (5.055 euros), TAC Dinámico (218 euros), impresión pelvis (363 euros), transporte en Ave: (1.212,8 euros) y fisioterapia (3.500 euros). Todo ello arroja una cifra de 77.077,21 euros a los que suma 10.000 euros en concepto de daño moral.

El escrito de reclamación se acompaña con diversa documentación médica relativa a la interesada; un informe pericial de valoración del daño firmado por un especialista en Medicina Física y Rehabilitación y en valoración del daño corporal; un informe firmado por el mismo perito sobre la praxis en la cirugía del 17 de junio de 2014; diversa documentación con la que se pretenden acreditar los gastos que se reclaman y un poder otorgado por la interesada a favor de los abogados firmantes del escrito de reclamación (folios 1 a 85 del expediente).

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

La reclamante, nacida el 22 de julio de 1979, acudió a una clínica privada el 28 de agosto de 2013, siendo diagnosticada de displasia de cadera izquierda y rotura de labrum anterosuperior.

Posteriormente, la interesada acudió al Hospital Clínico San Carlos para recibir atención por parte del jefe del Servicio de Traumatología, siendo vista el 28 de mayo de 2014. Se planteó osteotomía de pelvis y tras comentar riesgos y beneficios (folio 122) la reclamante firmó ese día el documento de consentimiento informado para osteotomía de pelvis por displasia de cadera en el que figuran los riesgos generales de toda cirugía como infección, hemorragia, trombosis o embolias y la posibilidad de reintervención. No aparecen consignados riesgos

específicos o personales. En la citada consulta de 28 de mayo de 2014 se solicitó un TC.

El 2 de junio de 2014 se realizó el TC solicitado que mostró una displasia acetabular de cadera izquierda. Ángulo acetabular izquierdo de 54° y derecho de 45°. Anteversión izquierda 19° y derecha de 13°.

La reclamante fue intervenida el 17 de junio de 2014, realizándose la osteotomía periacetabular de Ganz, mediante un abordaje tipo Smith Petersen y osteosíntesis con tornillos de esponjosa. Recibió el alta hospitalaria el 30 de junio de 2014.

La interesada acudió a revisión los días 1 de octubre de 2014 y 22 de enero de 2015 pautándose rehabilitación. En esa última revisión se consignó que la reclamante mantenía una limitación funcional y claudicación de la cadera intervenida a pesar del tratamiento rehabilitador y que sería conveniente que acudiera a un centro de rehabilitación con mayor experiencia.

El 25 de febrero de 2015 se informó que la evolución clínica era de lenta progresión en la recuperación de la marcha, que la paciente no tenía dolores de consideración y que seguía un tratamiento de rehabilitación intensivo que había logrado mejorar considerablemente la dificultad para caminar, pero persistía la limitación. La evolución radiológica era satisfactoria habiéndose logrado una buena corrección acetabular y existiendo signos evidentes de consolidación radiológica. Se citó a una nueva revisión en 6 meses y se pautó continuar el tratamiento rehabilitador.

El 21 de mayo de 2015 la reclamante se realizó un TC de pelvis que fue evaluado en la clínica privada. Se informó que se objetivaba articulación coxofemoral derecha de características normales. No se objetivaban secuelas de fractura de rama isquiopubiana izquierda, con

formación de callo óseo, pero sin evidencia de consolidación completa. Se apreciaban extensos cambios postquirúrgicos en la articulación coxofemoral izquierda, objetivándose una alteración de la morfología habitual del acetábulo que parecía compatible con cambios displásicos, y objetivándose secuelas de osteotomía periacetabular, no apreciándose signos de consolidación ósea a nivel de la columna posterior/isquion, así como tampoco signos de consolidación de la teórica espina iliaca anterosuperior. La cabeza femoral izquierda aparentemente conservaba una morfología normal objetivándose una alteración de la densidad de la misma en relación con cambios por osteopenia.

Se realizó también una resonancia magnética en la que se informó de ausencia de consolidación de la fractura en columna posterior de acetábulo/isquion izquierdo.

La reclamante no acudió a las revisiones pautadas en el Hospital Clínico San Carlos.

El 18 de junio de 2015, la reclamante fue vista en una clínica privada de Barcelona. Se anota que en un TAC realizado se apreciaba falta de consolidación de rama isquiopubiana, de la columna posterior y de la espina iliaca anterosuperior. Clínicamente le dolía toda la pierna y se le cansaba. Movilidad 0-100° y flexión no dolorosa.

El 29 de septiembre de 2015 la reclamante volvió a consulta en Barcelona, donde le indicaron las opciones y se decidió revisión de osteotomía de Ganz que se llevó a cabo el 14 de octubre de 2015 mediante nueva redirección acetabular por osteotomía de Ganz de cuña de sustracción iliaca anteromedial y con remodelación de la espina iliaca antero-interior y previa retirada del material de osteosíntesis (tornillos canulados de titanio-2 y alambre).

El 19 de noviembre de 2015 la reclamante acudió a consulta de control. Se encontraba muy bien, sin dolor, no tomaba medicación y se

movía más. Se pautó continuar 2 semanas más con dos muletas y luego una muleta por un mes. Se autorizó a dejar muletas pasados tres meses.

En la revisión de 12 de enero de 2016 la interesada presentaba una buena evolución con radiografía de control correcta.

En la revisión de 8 de junio de 2016 la evolución era positiva en general. Se pautó control en octubre con radiografías.

Consta en la documentación aportada por la interesada que la retirada de los tornillos se llevó a cabo en el año 2018 y que se había decidido esperar dos años, en lugar de un año como era habitual, dado que el caso era una revisión por orientación en retroversión sobre un hueso esclerótico.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con 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 de la interesada del Hospital Clínico San Carlos (folios 93 a 136 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha emitido informe por el Servicio de Traumatología y Ortopedia del referido centro hospitalario en el que se explica que la interesada fue enviada desde una clínica privada al Hospital Clínico San Carlos para ser evaluada e intervenida por el jefe del Servicio de Traumatología, que es un cirujano con dedicación primordial en cirugía de la cadera y con experiencia contrastada y publicaciones científicas en la técnica de osteotomía periacetabular de Ganz, siendo uno de los pioneros en España en su

realización en los años noventa y con más de 60 casos intervenidos, pues no son muchos los centros y los cirujanos que realizan esa operación o que tienen casuística suficientemente larga.

El informe añade que en la actualidad el Servicio de Traumatología y en general el hospital dispone de documentos de consentimiento informado individualizados para cada procedimiento y que el documento de consentimiento firmado por la reclamante era el que se usaba de forma genérica en aquel momento, pero que resultaba evidente que la paciente estaba informada y era concedora de la trascendencia de la cirugía.

Expone que uno de los riesgos que tiene cualquier osteotomía es que la consolidación de la parte ósea cortada o fracturada no se produzca adecuadamente y en el caso de la osteotomía periacetabular, que supone cortar una extensísima área de hueso alrededor del acetábulo de la cadera, puede producir zonas donde la consolidación no se desarrolle, lo que no representa falta de consolidación completa y con ello inestabilidad de la parte ósea intervenida, que en este caso es el acetábulo.

El informe explica que revisadas las radiografías existentes en el historial y los informes médicos se deduce que existían áreas de falta de consolidación y por tanto de consolidación incompleta lo que no necesariamente significa inestabilidad por falta de unión del conjunto de la osteotomía de Ganz. Añade que el cirujano que reoperó a la paciente hizo una re-osteotomía de reorientación y no especificó en sus informes que existiera inestabilidad y falta de unión ósea visible y constatable con maniobras de valoración *in situ* dentro de la operación. La reintervención, por tanto, consistió principalmente en realizar una nueva osteotomía para corregir la orientación que se había dado en la operación previa. Dicha orientación, al parecer, estaba en ligera retroversión o, lo que es lo mismo con una ligera sobrecorrección

anterior como se constató con los estudios de reconstrucción 3D realizados, lo que, el informe considera que pudo ser la causa de la mala evolución de la paciente.

Asimismo, el informe indica que la reclamante fue seguida en consultas al menos en dos ocasiones durante los primeros 6 meses hasta que decidió acudir a otro centro, y ese es un tiempo mínimo de espera tras una osteotomía para alcanzar la consolidación y para ver el resultado clínico real de la intervención y ese fue el motivo por el que a la paciente se le indicó que debía continuar con el tratamiento rehabilitador y esperar para ver la evolución.

Finalmente, el informe indica que la decisión de efectuar una reostotomía fue sopesada adecuadamente por el equipo quirúrgico de la clínica de Barcelona y evaluada de acuerdo con la paciente, habiéndose superado sobradamente el tiempo que razonablemente debió esperarse hasta demostrar que no se producía mejoría. Explica que la cirugía de reintervención o de reostotomía de la operación de Ganz es un procedimiento excepcional y de gran importancia quirúrgica, sin antecedentes en la casuística del hospital y tampoco publicaciones que muestren series largas de pacientes sometidos a esa reoperación.

Posteriormente emitió informe la Inspección Sanitaria que tras analizar la historia clínica y los informes médicos emitidos en el curso del procedimiento, así como realizar las consideraciones médicas oportunas concluyó que no se apreciaba mala praxis en ningún caso en los acreditados profesionales del sistema sanitario público que atendieron a la reclamante y que los servicios sanitarios públicos habían actuado conforme a la *lex artis* en este caso, en todo momento.

Asimismo, se ha incorporado al procedimiento un informe de un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología emitido a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud en el que se

concluye que la reclamante buscó específicamente al jefe del Servicio de Traumatología del Hospital Clínico San Carlos, siendo la decisión de ser intervenida por él, decisión específica de la paciente, al tener una amplia experiencia en este tipo de patología; que el diagnóstico y cirugía propuesta fue adecuado, siendo la paciente adecuadamente informada firmando el correspondiente documento de consentimiento informado; que la pseudoartrosis y cobertura subóptima de la cabeza está descrita en la literatura médica por el propio cirujano, no obstante, su correlación con la clínica está cuestionada, pero en cualquier caso, no debe confundirse una complicación descrita en la literatura con realizar una mala praxis; que la paciente no acudió a revisiones posteriores y decidió ir a un centro privado para continuar el tratamiento, por lo que no pudo valorarse en el Hospital Clínico San Carlos la necesidad de reintervención y que en ningún momento se escatimó en medios materiales ni humanos, siendo la paciente valorada por un equipo multidisciplinar (traumatólogos, radiólogos, rehabilitadores).

Tras la incorporación al procedimiento de los informes evacuados y de la historia clínica, se confirió el oportuno trámite de audiencia a la reclamante. Consta que el representante de la interesada formuló alegaciones en las que incidió en los términos de su escrito inicial e insistió especialmente en la falta de información denunciada manifestando su oposición a lo expuesto en los informes incorporados al procedimiento.

Finalmente, se formuló la propuesta de resolución en la que se acordó desestimar la reclamación presentada al considerar que la asistencia sanitaria prestada fue correcta y ajustada a la *lex artis*.

QUINTO.- El día 14 julio de 2020 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada con el nº 343/20, 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 15 de septiembre de 2020.

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 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).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC, al haberse iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el 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), en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por el personal sanitario del Hospital Clínico San Carlos, centro hospitalario integrado dentro de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

El 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 caso sujeto a examen, en el que se reclama por la supuesta deficiencia en la asistencia sanitaria dispensada en la cirugía realizada el 17 de junio de 2014, por la que la interesada fue reintervenida el 14 de octubre de 2015 y, posteriormente, el 27 de febrero de 2018 para la retirada del material de osteosíntesis, por lo que debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 30 de enero de 2019.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por parte del Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital Clínico San Carlos. Asimismo, se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria con el resultado expuesto en los antecedentes de este dictamen y un informe pericial a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud. Además, se ha conferido trámite de audiencia y se ha redactado la propuesta de resolución, remitida junto con el resto del expediente a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

En suma, de lo anterior cabe concluir que el procedimiento se ha tramitado de forma completa sin que se haya omitido ningún trámite que resulte esencial para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el

derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley. 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 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 conforme a lo establecido en el artículo 32 de la LRJSP:

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 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

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 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), en la responsabilidad patrimonial derivada 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 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”».

CUARTA.- En el presente caso, la reclamación de responsabilidad patrimonial se formula por las supuestas deficiencias en la cirugía de 17 de junio de 2014 en el Hospital Clínico San Carlos por la patología de cadera que afectaba a la interesada. Asimismo, se denuncia la defectuosa información suministrada a la reclamante con carácter previo a la citada intervención, pues la interesada sostiene haber firmado un documento genérico que no contemplaba los riesgos específicos o personales de la cirugía.

Hemos de analizar los reproches de la reclamante partiendo de lo que constituye regla general, esto es, que la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama sin perjuicio de que se pueda modular dicha carga en virtud del principio de facilidad probatoria. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2017 (r. 909/2014):

“Este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de

septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)”.

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

Pues bien, en el presente caso la interesada ha aportado un dictamen pericial de un especialista en Medicina Física y Rehabilitación así como en valoración del daño corporal que afirma que se puede objetivar que el resultado tras la cirugía de 17 de junio de 2014 es técnicamente incorrecto, situación equiparable a una mala praxis por un procedimiento médico-quirúrgico incorrecto en relación con la *lex artis* Por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente y en particular el de la Inspección Sanitaria rechazan que en este caso se haya producido la mala praxis denunciada.

Ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que *“las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)”* y *“no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)”*.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2017 (rec. núm. 395/2014) añade que, para el caso de que existan informes periciales con conclusiones contradictorias, *“es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”*.

En este caso el informe pericial aportado por la interesada ha sido elaborado, como hemos dicho, por un especialista en Medicina Física y Rehabilitación, especialidad parcialmente relacionada con el problema suscitado y que contiene un análisis muy somero de la mala praxis denunciada, pues se limita a exponer el resultado del TAC realizado a la interesada el 21 de mayo de 2015 y sin mayor explicación concluye que de dicho resultado se infiere mala praxis en la cirugía.

Por el contrario, el informe elaborado a instancias de la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, en este caso, por un perito experto en Traumatología, especialidad más íntimamente relacionada con la patología de la interesada, descarta la existencia de infracción de la *lex artis*. En dicho informe se realiza un análisis de la técnica empleada, de la singular especialización en la misma del cirujano que intervino a la interesada y del resultado de la intervención, que califica como una complicación posible de la osteotomía realizada, aunque esta se ejecute con arreglo a la *lex artis* como sostiene que ocurrió en este caso. En esa misma consideración incide el informe del Servicio de Traumatología del Hospital Clínico San Carlos que explica que uno de los riesgos de la osteotomía, aunque se realice de manera correcta, es que la consolidación de la parte ósea cortada o fracturada no se desarrolle adecuadamente.

Por su parte la Inspección Sanitaria destaca que la osteotomía de Ganz es una técnica compleja, que no cambia la cadera por una prótesis como resulta más habitual sino que es una técnica más conservadora consistente en generar una fractura artificial y esperar a que consolide correctamente, que el caso de la reclamante fue realizada por un reconocido experto con gran experiencia en esa técnica, razón precisamente por la que la interesada acudió al Hospital Clínico San Carlos y que se produjo una complicación posible de esa cirugía que no implica mala praxis.

Los razonamientos expuestos en los informes precitados contrastados con la ausencia de explicación del informe pericial aportado por la interesada determinan que este resulte insuficiente para acreditar la existencia de una actuación contraria a la *lex artis*. Carece de la necesaria fuerza de convicción exigida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 6 de octubre de 2016 (núm. de rec: 258/2013), convicción que reside, en gran medida, en la fundamentación y coherencia interna de los informes, en la cualificación técnica de sus autores y en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes.

Por otro lado, los informes incorporados al procedimiento, en contraste con el aportado por la interesada, que no contiene ninguna apreciación técnica sobre la asistencia dispensada a la reclamante con posterioridad a la cirugía, coinciden en afirmar que el seguimiento fue el adecuado y que la consolidación puede ralentizarse en el tiempo por lo que la pauta de una nueva revisión en seis meses tras la realizada el 25 de febrero de 2015 se considera plenamente justificada y adecuada a una correcta praxis. Sin embargo resulta del expediente que la interesada decidió acudir a la sanidad privada, pero ello no fue debido a que los servicios médicos no pusieran los medios adecuados a su alcance para lograr la mejoría de la paciente, sino que la decisión de la reclamante de acudir a la medicina privada, fue una actuación atribuible más a su temor e impaciencia, que una consecuencia de la desidia de los médicos de la sanidad pública, a los cuales, ni se les consultó sobre la opción terapéutica dada en la sanidad privada ni se solicitó una segunda opinión para valorar la posibilidad de la intervención quirúrgica dentro del sistema público sanitario.

Por lo expuesto no serían reembolsables los gastos que la interesada reclama por el hecho de haber acudido a la sanidad privada,

pues es doctrina de esta Comisión (recogida, entre otros, en el Dictamen 248/16, de 30 de junio) que:

«Las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo reconocen el derecho de los pacientes a ser indemnizados en la cuantía de los gastos realizados por tener que acudir a la medicina privada, siempre y cuando, ante la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, el enfermo no haya tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada (vid. por todas, la Sentencia núm. 699/2007, de 31 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, nº de recurso: 174/2004). Nótese, además, que en todos los casos de los fallos judiciales que estiman la responsabilidad patrimonial de la Administración por necesidad de acudir a la medicina privada, se trata de supuestos constatados de falta de diligencia y pasividad prolongadas durante un largo periodo de tiempo, o en que se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo, que justifican la pérdida de confianza del paciente en los médicos que le venían atendiendo en la sanidad pública, “confianza –como razona la Sentencia del TSJ de Madrid, de la misma Sala y Sección, núm. 378/2008, de 25 de marzo; nº de recurso 184/2005- que constituye un presupuesto inescindible de la prestación sanitaria”».

QUINTA.- Respecto a la alegada falta de información suficiente, debemos partir de que el consentimiento informado 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” (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en adelante Ley 41/2002).

También es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002).

Como es criterio de esta Comisión Jurídica Asesora (siguiendo en este punto la doctrina fijada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 483/11, de 14 de septiembre), la Administración sanitaria ha de ser quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, en virtud del principio de facilidad probatoria, ya que se trata de 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.

El incumplimiento de brindar información suficiente al paciente, y la consiguiente omisión del consentimiento informado, constituyen una mala praxis. Según ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 37/2011, de 28 de marzo) *“El consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”*.

Además, 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”*.

En este caso cabe entender que se ha producido una vulneración del derecho de la reclamante a una adecuada información previa a la

realización de la cirugía. Así, resulta del expediente que la interesada firmó con carácter previo al procedimiento un documento en el que se bien se indica la operación que se va a realizar, no se explica en que consiste el procedimiento y solamente se contemplan los riesgos generales de toda intervención, pero no los específicos de esa técnica, como es la falta de consolidación de la fractura que es lo que se materializó en el caso de la interesada. El propio Servicio de Traumatología del Hospital Clínico San Carlos ha reconocido que el documento era el genérico que se utilizaba en aquel momento en el servicio y que actualmente sí disponen de documentos individualizados para cada procedimiento. En este punto cabe recordar lo que 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 la historia clínica consta la anotación relativa a que, en la consulta de 28 de mayo de 2014, se comentó con la reclamante los riesgos y beneficios de la técnica, pero ello no es suficiente para entender que la Administración ha cumplido con su obligación de acreditar que se informó a la reclamante, toda vez que de dicha escueta nota no es posible inferir que la interesada fue informada del procedimiento quirúrgico y del riesgo específico que se materializó.

Así pues, esta Comisión considera procedente estimar la reclamación en el indicado punto de la infracción del derecho a la información de la 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 información suficiente con carácter previo a la osteotomía en 6.000 euros.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada y reconocer una indemnización de 6.000 euros

por la vulneración del derecho a la información de la 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 15 de septiembre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 372/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid