

Dictamen nº: **104/21**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **23.02.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 23 de febrero de 2021, 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 derivados de una intervención quirúrgica de fractura de cadera realizada por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Fundación Jiménez Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de escrito presentado en el registro de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, el 13 de noviembre 2017, un abogado en representación otorgada por poder notarial de la persona señalada en el encabezamiento de este escrito, formula reclamación de responsabilidad patrimonial en la que señala que el 25 de febrero de 2016 la reclamante sufrió una caída en la calle siendo trasladada al Hospital Fundación Jiménez Díaz (HFJD). La asistieron bajo la cobertura del Servicio Madrileño de Salud y la operaron por rotura de fémur y cadera, con colocación de material de osteosíntesis.

Añade que, posteriormente y tras un complicado postoperatorio, al retirarle el material de osteosíntesis le rompieron la caratula interna de la rodilla.

La reclamante acudió al Hospital Nisa de Aravaca, dónde la tuvieron que volver a operar el 19 de enero de 2017, siendo ésta última operación la definitiva, siguiéndose rehabilitación hasta la fecha de la reclamación. La colocación de tornillos inadecuados en la primera intervención y la rotura durante la posterior operación de retirada en el referido hospital, es lo que al parecer ha ocasionado un largo período de incapacidad temporal y secuelas, que en estos momentos están pendientes de determinar

También refiere que el largo período de baja ocasionó que la reclamante tuviera que cerrar su negocio de tienda de complementos y bisutería con graves perjuicios económicos que se suman a lo anterior. Refiere que ha solicitado los historiales médicos para poder emitir informe pericial completo de las causas de la responsabilidad, si bien ya avanza *“de forma estimativa,”* y sin concretar, *“la concurrencia de los requisitos y perjuicios reclamados; existe vulneración de lex artis por mala praxis, falta de consentimiento, error de diagnóstico, falta de medios y daño desproporcionado”*.

Termina solicitando, por *“daño corporal, patrimonial y morales”*; sin perjuicio de pericial que dice aportará, la cantidad de 300.000 euros.

En fecha 20 de febrero de 2018, a instancia del Servicio de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS, aporta documentación médica del Hospital Nisa Aravaca, donde consta que la paciente, ahora reclamante, fue intervenida en ese centro sanitario del 19 de enero de 2017 por pseudoartrosis de cuello proximal del fémur izquierdo, procediendo a retirada de materia de osteosíntesis previo, nuevo fresado y colocación de clavo intramedular.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante, nacida en el año 1957, es trasladada por el SAMUR al Hospital FJD en fecha 25 de febrero de 2016 por traumatismo en miembro inferior izquierdo, por caída fortuita en la vía pública.

Tras exploración y pruebas de rayos X, se le diagnostica fractura subtrocanterea de cadera izquierda informándose a paciente y familia de la necesidad de cirugía, quedando ingresada al efecto y, tras firma de consentimientos informados para cirugía y de anestesia, es intervenida el día 27 de febrero, bajo anestesia raquídea, y se procede a la reducción cerrada y osteosíntesis con clavo endomedular.

El control radiológico postoperatorio es satisfactorio, si bien precisa de transfusión de hematíes por anemia, siendo finalmente dada de alta hospitalaria el día 2 de marzo, con las indicaciones preceptivas.

El 12 de abril de 2016 acude a revisión, siendo los resultados de la prueba de rayos x correctos, sin desplazamientos secundarios y sin problemas en la cicatrización ni signos de infecciones. Se le indica carga parcial con dos muletas y se le enseña ejercicios de rodilla e indicación de revisión en seis semanas con rayos x.

En fecha 31 de mayo se hace nueva revisión, constatándose en la radiografía el avance de la consolidación de la fractura proximal. En esa revisión indica que fue a un centro privado donde se le realizó TAC en el que se apreció hematoma perilesional en la porción proximal, fragmento óseo en diáfisis distalfemoral en íntima relación con el tornillo distal que fija el clavo endomedular.

El 28 de junio de 2016, se comprueba en revisión tras nueva radiografía signos de consolidación. No constando más datos clínicos de asistencia sanitaria especializada prestada en la Fundación Jiménez Díaz ni en ningún otro centro de la red del SERMAS, pese haberse indicado a la paciente que acudiese en cuatro meses con radiografía de control.

En Atención Primaria sí consta que el 28 de noviembre de 2016 la paciente refiere intervención programada en un centro privado para el 22 de diciembre, lo que se confirma el día 15 de diciembre. El 25 de enero de 2017, acude su marido a Atención Primaria a recoger baja por incapacidad temporal, lleva informe de hospital privado, y se refiere que se quita clavo y se hace injerto autólogo el anterior día 19 de enero

TERCERO.- Presentada la reclamación se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Con fecha 24 de abril de 2018, se dio traslado de la reclamación al Hospital Fundación Jiménez Díaz para su personación, recabar historia clínica e informe del servicio afectado.

El citado centro hospitalario concertado remitió la historia clínica e informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, fecha el 27 de septiembre de 2018, en el que se hace constar:

1.- Que la paciente fue intervenida el 27 de febrero de 2016, por fractura persubtrocantarea de fémur izquierdo, mediante reducción cerrada y fijación de enclavado endomedular largo femoral. La intervención se realizó sin ninguna complicación, y como incidencia se produjo una efracción de la cortical medial a nivel del bloqueo distal del clavo.

2.- La paciente fue revisada en fechas 12 de abril, 31 de mayo y 28 de

junio de 2016. En las radiografías de control se mostraban evidentes signos avanzados de consolidación de la fractura principal, sin movilización del implante, así como integración ósea de la cortical medial del bloque distal del clavo.

3.- Que el tratamiento aplicado es el correcto de acuerdo con la *lex artis* y es prueba fehaciente de ello que las sucesivas radiografías evidenciaron curación de la fractura.

4.- Que el diagnóstico registrado en los informes del hospital privado es el de “pseudoartrosis de cuello de fémur”. El cuello de fémur es una región anatómica completamente distinta a la región persubtrocantérea, donde se produjo la fractura tratada en la FJD y a la cortical media, donde tuvo lugar la efracción de la cortical. Además, el diagnóstico de pseudoartrosis en la región persubtrocantérea es excluyente con el de fractura y no puede ser cierto dado que el diagnóstico de consolidación se confirmó radiográficamente. Es por tanto indudable que dicho diagnóstico del cuello del fémur no tiene relación alguna con la lesión tratada en la FJD.

Por último, consta también el informe de la Inspección Sanitaria que, tras analizar los antecedentes del caso y los informes emitidos en el curso del procedimiento y realizar las correspondientes consideraciones médicas, formula las siguientes conclusiones:

“PRIMERA.- La última vez que acude a consulta de COT es en fecha 28 de junio de 2016. No hay constancia en ningún soporte documental de que D^a S. C. volviera a solicitar asistencia al Servicio de COT a pesar de que se le había indicado acudiese a revisión cuatro meses después con radiología de control. A partir del 28 de junio de 2016 no vuelve a consulta de COT ni hay registros de que la demandara ni en Primaria ni en Especializada

SEGUNDA.- La asistencia sanitaria facilitada a D^a M^o S. S. por el Servicio de COT de la FJD se ha ajustado rigurosamente a los conocimientos actuales de la Medicina desde el 25 de febrero hasta el 28 de junio de 2016. Se ha comprobado por la Inspección Sanitaria que los estudios radiológicos postquirúrgicos muestran signos de consolidación y la cirugía fue correcta. La complicación efracción de la cortical distal se estaba resolviendo adecuadamente.

TERCERA.- El CI quirúrgico firmado por la paciente es genérico. No se puede afirmar ni negar si el riesgo de complicación de efracción ósea era conocido por la paciente.

CUARTA.- La posibilidad de una segunda intervención está consignada en la historia de Atención Primaria desde el día 18 de mayo de 2016, lo que no coincide en absoluto con el criterio de COT de la FJD en esas fechas.

QUINTA.- Entre el 18 de mayo de 2016 y el 10 de octubre de 2016 en el que no figuran consultas, no hay información sobre la situación clínica de la paciente ni en Primaria ni en Especializada. Aunque si estaba de baja laboral y se deduce que MAP consideraba estaba incapacitada laboralmente”.

Concluida la instrucción del expediente, se confirió trámite de audiencia a la reclamante y a la Fundación Jiménez Díaz por oficios de 10 de mayo de 2019.

Mediante escrito de 7 de junio del mismo año, la reclamante, a través de su representación, manifiesta que “ *impugnamos Informe de Inspección por no haber valorado los informes aportados por esta parte en fecha 21 de febrero de 2019, que constan en el índice como subsanación, habiéndose basado únicamente en los Informes de la Fundación Jiménez Díaz, sin tener ninguna consideración de los Informes del Hospital de Nisa donde viene recogida la posterior intervención a la que fue sometida la Sra. S. y la*

problemática que sufrió mi mandante.

Por su parte, la Fundación Jiménez Díaz manifiesta en trámite de audiencia que se opone a la reclamación por considerar su actuación conforme a la *lex artis ad hoc*.

A la vista de lo alegado por la reclamante, se emitió nuevo informe de la Inspección médica con fecha 12 de agosto de 2019, en el que añade dos nuevas conclusiones:

“SEXTA.- En la tercera actuación del informe previo se expone que la inspectora que suscribe ha visualizado los documentos sobre asistencia sanitaria privada recibida en Hospital NISA.

El HOSPITAL PRIVADO NISA no es objeto de reproche por parte de la interesada.

SÉPTIMA.- El Jefe de Servicio de COT en su informe (folio nº 5 del pdf.) expone: El diagnóstico registrado en los informes del hospital NISA de Aravaca es el de pseudoartrosis de cuello de fémur. El cuello del fémur es una región anatómica completamente distinta a la región persubtrocantérea.

La Inspección Sanitaria afirma que el cuello del fémur es una región anatómica completamente distinta de la región persubtrocantérea”.

Dándose nuevo plazo de audiencia a la reclamante y a la FJD, no constan nuevas alegaciones.

Finalmente, con fecha 13 de diciembre de 2019, se formuló por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado mala praxis ni nexo causal con el daño reclamado.

No constando más actuaciones, el representante de la reclamante instó el impulso del procedimiento mediante escrito de fecha 19 de enero de 2021.

CUARTO.- El 22 de enero de 2021 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 al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 23 de febrero de 2021.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según 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, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en cuanto al daño alegado que la atención sanitaria presuntamente negligente le haya podido ocasionar.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en tanto que la asistencia fue dispensada en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, integrado en la red sanitaria pública madrileña por convenio singular, prestándose la asistencia al amparo del mismo. A este respecto esta Comisión viene reconociendo en numerosos dictámenes (323/20 de 28 de julio, 222/17 de 1 de junio, 72/18 de 15 de febrero y 219/18 de 17 de mayo), la legitimación de la Comunidad de Madrid en los supuestos en los que la asistencia sanitaria se presta en centros concertados, siguiendo el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de 14 de marzo de 2013 (rec. 1018/2010). En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (rec. 68/2019) que, tras destacar que la LPAC no recoge una previsión similar a la disposición adicional 12ª de la LRJ-PAC, considera que, en los casos en los que la asistencia sanitaria a usuarios del Sistema Nacional de Salud es prestada por entidades concertadas con la Administración (como era el caso), se trata de sujetos privados con funciones administrativas integrados en los servicios públicos sanitarios, por lo que no es posible que se les demande ante la jurisdicción civil ya que actúan en funciones de servicio público.

No obstante, debe señalarse que no cabe valorar la actuación del centro privado al que acudió la reclamante al abandonar la sanidad pública, dado que la asistencia prestada en aquel lo fue en virtud de un seguro privado y, por ende, ninguna responsabilidad tiene la Comunidad

de Madrid por la atención sanitaria prestada por centros ajenos a la misma.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños físicos, el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación de las secuelas.

En el caso examinado, la reclamación imputa el origen de los perjuicios a la intervención quirúrgica realizada el 27 de febrero de 2016, y si bien la última revisión data de 28 de junio de ese año, consta que ha estado de baja y que hubo una segunda intervención en un centro privado en enero de 2017. Ello hace que la reclamación presentada el 13 de noviembre de 2017 se pueda considerar formulada en plazo, sin perjuicio de la concurrencia o no de los elementos propios de la responsabilidad patrimonial que luego analizaremos.

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 81.1 de la LPAC, se ha recabado informe del servicio relacionado con el daño alegado, es decir, el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Fundación Jiménez Díaz y un informe de la Inspección Médica sobre los hechos que motivan la reclamación.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, 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.

No obstante, cabe recordar que el artículo 91.3 de la LPAC fija un plazo de seis meses para la resolución del procedimiento. En el caso que nos ocupa, la tramitación se ha dilatado más de tres años sin causa justificada. El incumplimiento de ese plazo de manera tan amplia como la acaecido en este procedimiento, si bien carece de efectos invalidantes y no exime de la obligación de resolver, supone una manifiesta vulneración del principio de buena administración.

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, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios 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.

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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras 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”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el

daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado 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"*.

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso

597/2017), 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 quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

En el presente supuesto, la reclamante alega que la actuación sanitaria reprochada ha causado un largo periodo de incapacidad y secuelas que no determina.

A este respecto, cabe avanzar que la reclamación hace referencia a una rotura de la cara interna de la rodilla al retirarle el material de osteosíntesis, sin que exista ningún dato del que pueda deducirse esa complicación ni la retirada de material de osteosíntesis en un centro de la red sanitaria pública, como se indica en la reclamación.

No obstante, procede analizar si la asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Traumatología del HFJD incidió en el periodo de incapacidad y produjo alguna secuela como de manera genérica refiere la reclamación.

A este respecto, como señalan tanto el informe del Servicio como la inspectora médica, las radiografías valoradas por los distintos traumatólogos que atendieron a la paciente y revisadas por la propia inspectora, muestran la consolidación de la fractura de la que fue intervenida, manteniendo reducción y longitud femoral, lo que sin duda evidencia una correcta técnica.

El informe del jefe del Servicio de Traumatología interviniente sí recoge como incidencia una efracción de la cortical medial a nivel del bloqueo distal del clavo; sin embargo, resalta la falta de relevancia de ese hecho en la evolución de la paciente, mostrando las radiografías la formación de callo e integración ósea de la cortical. La inspección médica,

por su parte, tras analizar la literatura científica, recoge esa incidencia como habitual en la utilización del tipo de clavo implantado. Según se expone en los estudios, ello está motivado por el diseño del material de osteosíntesis y su adaptación a la población española, si bien se resalta que no tiene incidencia clínica significativa en la mayor parte de los casos.

Por tanto, la efracción es un riesgo de la intervención que no implica mala praxis de los facultativos y que en el caso de la reclamante evolucionó sin repercusión alguna, según las pruebas radiográficas.

Por otra parte, las supuestas lesiones en la retirada de material de osteosíntesis son ajenas a la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Fundación Jiménez Díaz, en tanto se llevó a cabo en un centro privado meses después del abandono de la paciente de la sanidad pública.

Asimismo, como señalan tanto el informe del Servicio de Traumatología como la inspección médica, la intervención llevada a cabo en el hospital ajeno a la red pública es en una zona anatómica totalmente diferente a la tratada, lo que hace que, en esa supuesta necesidad de segunda intervención, no pueda apreciarse relación de causalidad alguna con la asistencia que nos ocupa analizar.

Por último, se hace preciso valorar la posible insuficiencia del consentimiento informado que refiere el informe de la inspectora médica, deficiencia de información que, aunque de forma muy genérica, se señala en la reclamación. En ese sentido, cabe recordar que la conclusión tercera del informe de la inspección señalaba” *El CI quirúrgico firmado por la paciente es genérico. No se puede afirmar ni negar si el riesgo de complicación de efracción ósea era conocido por la paciente*”.

A este respecto, el consentimiento para tratamiento quirúrgico de fractura del extremo proximal del fémur derecho firmado por representación, hace constar como posibles complicaciones, entre otras, la

rotura o estallido del hueso o el retraso o fracaso de la consolidación ósea; sin que aparezca propiamente la efracción ósea del cortical.

Para valorar si esa información es insuficiente o no, cabe traer a colación la doctrina sobre el contenido y forma de la información que debe darse al paciente, conforme a los artículos 4 y 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 26 de abril de 2017 (Rec. 75/2017), recogiendo la jurisprudencia al respecto, dice: *En consecuencia, la información proporcionada se considera suficiente por cuanto, como ha destacado la jurisprudencia, la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar su propia finalidad. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone - por exceso - contravenir los principios de la norma, ya que no se respetaría la exigencia de claridad, concreción y adaptación a los conocimientos de quienes lo reciben. Esto es, se debe evitar el exceso en el contenido de la información que se ofrece para que sea realmente efectiva y no desmedida. En este sentido, en la STS 9 de octubre de 2012 , (recurso de casación 6878/2010) se señala que «la información no puede ser ilimitada o excesiva, so pena de producir el efecto contrario, atemorizante o inhibitor y que ha de ofrecerse en términos comprensibles, claros y adaptados al usuario de la asistencia. Por tanto, es un derecho que ha de ponerse en relación con los datos que en concreto se han de transmitir y la finalidad de la información misma en cuanto al conocimiento de los riesgos y alternativas existentes según el estado de la técnica».*

A la vista de esa doctrina, el documento de consentimiento que nos ocupa y que, según consta en el mismo, es el aprobado por la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología, no puede considerarse insuficiente en la información que proporciona por el hecho de no recoger expresamente como complicación “la efracción ósea del cortical”, términos desconocidos para cualquier persona ajena a las ciencias de la salud. Lo

que sí recoge el consentimiento son consecuencias que, excepcionalmente, puede provocar la efracción, como son la fractura ósea o fracasos en la consolidación ósea, eventos que, en cualquier caso, no se produjeron en el supuesto que nos ocupa.

Unido a la adecuada información proporcionada, estaría esa ausencia de consecuencias de la efracción y, por ende, de daño efectivo derivado de la intervención. Ello hace que la hipotética defectuosa información no sea indemnizable, ya que como recoge el Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de abril de 2006, (Rec. 3409/2002) “ *aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002, que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad*”.

En efecto, no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad pues se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo. En el supuesto de intervención satisfactoria e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una reclamación.

Así, al hecho de la existencia de información suficiente para que la paciente tomará la decisión sobre la intervención a la que fue sometida, se une que la incidencia ocurrida no produjo afectación alguna en la evolución de la patología, lo que nos debe llevar a excluir responsabilidad por falta de consentimiento.

Por todo cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la desestimación de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, al no apreciarse daño en la prestación sanitaria prestada por la Comunidad de Madrid.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 23 de febrero de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 104/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid