

Dictamen n.º: **208/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.04.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de abril de 2022, 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 que atribuye a una cirugía para la corrección de Hallux valgus y deformidad del segundo dedo del pie izquierdo, en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de agosto de 2020 la persona citada en el encabezamiento presenta un escrito en una oficina de Correos dirigido a la Comunidad de Madrid en el que relata que, ante dolor constante por Hallux valgus y en el segundo dedo del pie izquierdo, que le impedía andar bien y calzarse correctamente, su médico de Atención Primaria remitió a la reclamante al Servicio de Traumatología del Hospital Universitario La Paz, para valoración y búsqueda de una solución al respecto, si bien, al no tener disponibilidad, la derivaron al Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, donde se indicó la realización de

cirugía que tuvo lugar el 29 de enero de 2019, realizándose doble osteotomía de Chevron y Akin y, en segundo dedo, osteotomía tipo Weil.

La reclamante refiere que, tras el postoperatorio y revisada por el cirujano a mediados del mes de marzo de 2019, le indicaron vida progresivamente normal, evitando permanecer de pie y actividad física intensa, si bien, sostiene la reclamante, debido a esa vida progresivamente normal, persiste el dolor al caminar del segundo dedo, que continúa en garra. Refiere que, tras una resonancia magnética realizada el 17 de mayo de 2019, el cirujano le propuso la reintervención para la fijación del segundo del dedo.

Según el escrito de reclamación, el día 2 de julio de 2019 la interesada fue intervenida mediante osteotomía de Weil, con resección de fragmento óseo con efecto de acortamiento del metatarsiano y síntesis con tornillo de Weil (Fixos) de 13 mm. Subraya que no se realizó la fijación del segundo dedo.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, la interesada señala que, en la revisión de 30 de agosto de 2019, persistía el segundo dedo en martillo, con dolor y dificultad para calzarse y deambular, por lo que se programó una tercera cirugía correctora, que se realizó el 29 de octubre de 2019. En la revisión de 12 de diciembre de 2019, presentaba gran edema y dolor en el segundo dedo, así como flexión e inflamación del mismo, que dificultaba la utilización de calzado cerrado. Señala que se dieron recomendaciones y fue citada para nueva revisión el 10 de enero de 2020, fecha en la que, ante persistencia de edema, inflamación y dolor, fue remitida a Rehabilitación para fisioterapia de antepié. Refiere que comenzó con la rehabilitación en febrero de 2020, pero fue suspendida por la declaración del estado de alarma.

La reclamante subraya que, a la fecha de la reclamación y tras tres intervenciones, permanece con el segundo dedo en peores condiciones

que cuando acudió por primera vez, con inflamación, dolor constante, sin poder usar calzado cerrado durante mucho tiempo, sin poder caminar ni realizar su vida normal anterior.

La reclamante señala que, con su escrito, adjunta fotografías y las radiografías realizadas durante todo el proceso, donde se puede apreciar, en su opinión, que el dedo sigue en flexión, igual o más, que desde la primera intervención. Además, dice presentar inflamación, dolor constante y pérdida de movilidad de los dedos del pie izquierdo, *“debido a la mala ejecución por parte del cirujano”*.

En virtud de todo lo expuesto, solicita una indemnización de 80.000 euros por los siguientes conceptos: tres días de hospitalización, por las tres cirugías a las que tuvo que someterse; 409 días de incapacidad temporal desde el día 29 de enero de 2019 y secuelas consistentes en falta de movilidad del segundo dedo del pie izquierdo al encontrarse en flexión, inflamación, imposibilidad de calzarse, no soportar la bipedestación prolongada por dolor constante y falta de movilidad completa de los otros dedos del pie.

El escrito de reclamación se acompaña con documentación médica relativa al proceso asistencial de la interesada, que incluye radiografías, así como fotografías del pie de la reclamante (folios 1 a 56 del expediente).

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

La reclamante, de 41 años de edad en la fecha de los hechos, acudió el día 24 de septiembre de 2018 a consulta de su médico de Atención Primaria del Centro de Salud Castroviejo por deformidad del primer dedo del pie izquierdo (Hallux valgus). Se solicitó radiografía de pies proyección anteroposterior y oblicua, así como pies en carga. El día

26 de octubre de 2018 se realizó la consulta para revisión de los resultados. El médico de Atención Primaria decidió hacer interconsulta al Servicio de Traumatología de la siguiente manera: *“Hallux valgus de pie izquierdo con 2º dedo en flexión, radiográficamente no mucha desviación, ruego valoración y ver si procede algún tipo de intervención quirúrgica”*.

El día 22 de noviembre de 2018, la interesada acude a la primera consulta de Traumatología en el Hospital Fundación Jiménez Díaz, tras exploración se deriva a Unidad de Pie, donde es vista el 26 de noviembre. Se anota que la paciente presenta clínicamente dolor en buni6n (juanete) y segundo metatarsiano y segundo dedo en garra. Se propone *“percutánea buni6n y Akin y Weill del 2º +/- tenodermodesis. Quiere operarse explicamos acepta y firma c”*.

La cirugía se realiza el día 29 de enero de 2019. Se realiza doble osteotomía de Hallux (osteotomía en Chevron con tornillo canulado de Fixos (Stryker) de 3 por 20 mm + osteotomía de Akin sin osteosíntesis) Osteotomía tipo Weil de deslizamiento de la cabeza del 2º metatarsiano en pie izquierdo. Se realiza profilaxis antibiótica con cefazolina 2 gr iv. La reclamante recibe el alta hospitalaria el mismo día con curas posteriores en el hospital los días 31 de enero de 2019, 7 de febrero de 2019, 15 de febrero 2019 y 22 de febrero de 2019.

La reclamante acude a revisión de Traumatología el día 15 de marzo de 2019. Se anota buena evolución del postoperatorio, con discreto edema en antepié y que inicia movimiento de flexibilización del antepié. Se pauta vida progresivamente normal y que evitará permanecer de pie y la actividad física intensa.

El día 2 de abril de 2019 la paciente acude a su centro de salud. Se hace constar que la reclamante sigue con dolor en segundo dedo de pie

izquierdo y que sigue en flexión con apoyo de punta de ese dedo con dolor al andar.

El día 15 de abril de 2019 el médico de Atención Primaria deriva a la reclamante al Servicio de Traumatología refiriendo que en carga presenta flexión y dolor en marcha por apoyo incorrecto, y también dolor de pulgar. Ruega revaloración y nueva cirugía si precisa.

La reclamante es vista en Traumatología el día 26 de abril de 2019. Se anota que la reclamante lleva caminando desde marzo y no lo tolera. Acude con ayuda de muleta. En la exploración física se aprecia dolor en área de cicatriz y en segundo metatarsiano. Con el diagnóstico de podalgia izquierda en paciente intervenida de Hallux valgus y segundo dedo en garra con mala tolerancia, se solicitó RMN de pie izquierdo y se derivó a la interesada a la Unidad de Pie para valoración.

En la RMN realizada el 27 de mayo de 2019 se concluye: *“Cambios postquirúrgicos de Hallux valgus, con osteotomía de la cabeza del 1er metatarsiano y F1 y cambios postosteotomía de la cabeza del 2º metatarsiano, con fibrosis articular en el margen articular lateral de la articulación metatarso-falángica”*. Se indica nueva cirugía tras resultados de RMN del pie. La reclamante solicita aplazamiento de la cirugía que había sido programada inicialmente para el día 24 de junio 2019.

El día 2 de julio de 2019 se realiza la cirugía del segundo dedo del pie izquierdo. Se efectúa osteotomía tipo Weil con resección de fragmento óseo con efecto de acortamiento del metatarsiano y síntesis con tornillo de Weil (Fixos) de 13 mm. Se realiza profilaxis antibiótica con cefazolina 2 gr iv. Recibe el alta hospitalaria el mismo día con curas posteriores los días 4 de julio de 2019, 11 de julio de 2019 y 18 de julio de 2019.

En la revisión de Traumatología del día 30 de agosto de 2019, se anota que la interesada tiene molestias en relación a deformidad de martillo del segundo dedo del pie izquierdo que le dificulta para calzarse y que se realizará cirugía.

La reclamante es intervenida el día 29 de octubre de 2019, bajo anestesia local, para realizar la reparación de dedo en martillo, mediante artroplastia de resección de interfalángica proximal, artroplasia metatarsofalángica y extracción de material de osteosíntesis (tornillo). Se realiza profilaxis antibiótica con cefazolina 2 gr iv. La reclamante es dada de alta hospitalaria el mismo día de la cirugía y recibe curas posteriores los días 5 de noviembre de 2019; 12 de noviembre de 2019, en la que se aprecia segundo dedo caído que se intenta corregir con el vendaje y 19 de noviembre de 2019, en la que se observa menor caída del dedo y se recomienda realizar vendaje traccionado.

En la revisión de Traumatología de 12 de diciembre de 2019 se aprecia edema en el segundo dedo que le dificulta la utilización de calzado cerrado. Se recomiendan ejercicios y evitar permanecer tiempo con el pie hacia abajo. Se pauta revisión con radiografía "*pasadas las fiestas*".

La interesada acude a revisión de Traumatología el día 10 de enero de 2020. Tiene algo menos de edema, pero empeora con bipedestación y calzado rígido no deportivo. Se solicita valoración para fisioterapia del antepié.

El día 4 de febrero de 2020 la reclamante acude a consulta de Rehabilitación. Refiere importante dolor a la carga, sobre todo al apoyo del segundo dedo del pie izquierdo. En la exploración física se aprecia cicatriz retraída, adherida, dolorosa a la palpación y tendencia a hiperextensión metatarsofalángica. Dolor al estiramiento del extensor.

La cicatriz del Hallux no adherida ni dolorosa y primer dedo con movilidad conservada.

El día 18 de marzo de 2020 se realiza consulta telefónica de Rehabilitación, debido a la situación epidemiológica por la COVID-19. La reclamante refiere ligera mejoría, pero persiste inflamación del pie al final del día y tendencia a hiperextensión del segundo dedo. Tiene radiografía reciente que mandará por dialogo web. Según la radiografía y si es similar a la previa, se explica que continúe con los ejercicios de rehabilitación, pero precisará revisión por Cirugía Ortopédica y Traumatología.

La reclamante acude a revisión de Traumatología el 15 de abril de 2020. Refiere episodios de inflamación del antepié. Cicatriz quirúrgica en buen estado. Se solicita radiografía.

En la revisión de 11 de junio de 2020, la interesada continúa con dolor. Se recomienda la utilización de plantillas para descarga del arco anterior.

Según la documentación aportada por la interesada, el 1 de octubre de 2020 fue vista en el Servicio de Traumatología del Hospital Universitario La Paz. En la exploración presentaba buena alineación, hiperextensión interfalángica del primer dedo con buena movilidad, segundo dedo en martillo, flexible, y metatarsalgia del tercer metatarsiano. Se solicitó radiografía.

En la revisión de 10 de diciembre de 2020 en el Hospital Universitario La Paz, el Servicio de Traumatología propuso nueva cirugía y la interesada indicó que lo iba a pensar. Se recomendaron plantillas de apoyo y talonera para fascitis plantar. Se pautó revisión en 6 meses.

En la revisión de 10 de junio de 2021, la interesada todavía deseaba esperar para la cirugía.

La reclamante acude a revisión el 25 de noviembre de 2021. Refiere que se encuentra mejor con las plantillas, aunque continúa con dolor. La interesada fue remitida a Rehabilitación para valoración.

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 (en adelante, LPAC).

Consta que se dio traslado del inicio del expediente al Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz que remitió la historia clínica de la reclamante y el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología. También se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la interesada del Centro de Salud Castroviejo.

El informe de 30 de septiembre de 2020 del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, tras dar cuenta de la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante según los datos que obran en la historia clínica, expone que *“analizados el global de los formularios quirúrgicos, las pruebas de imagen y la evolución postoperatoria, podemos asegurar que la ejecución de los procedimientos fue en todo momento correcta. Aparentemente, el desarrollo postoperatorio en la intervención del segundo dedo -no el hallux o dedo gordo- no fue la esperada, pero en ningún caso puede atribuirse a la técnica quirúrgica realizada. Los efectos adversos derivados de la intervención están ampliamente descritos en la literatura y en el consentimiento informado del paciente”* y añade que el juicio de que se trata de una *“técnica relativamente sencilla”*, recogido en la reclamación, no se ajusta en absoluto a la realidad. De hecho, la cirugía del antepié se considera cirugía mayor, aunque se realice de manera

ambulatoria. Por último, destaca que *“una vez aparecido ese efecto adverso se han puesto a disposición de la paciente todos los medios disponibles, como se refleja en las sucesivas visitas e intervenciones orientadas a corregir el defecto del segundo dedo”*.

Obra en el expediente que solicitado informe a la Inspección Sanitaria, esta solicitó la aportación de los documentos de consentimiento informado firmados de la técnica quirúrgica de las cirugías realizadas los días 29 de enero de 2019, 2 de julio de 2019 y 29 de octubre de 2019, así como el protocolo quirúrgico médico (no de Enfermería) de las cirugías realizadas los citados días.

El 29 de junio de 2021 el gerente del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz contestó al requerimiento de la Inspección Sanitaria indicando que el Servicio de Documentación Clínica del centro hospitalario había informado sobre la falta de constancia de los documentos de consentimiento informado firmados por la reclamante. Asimismo, remitió los informes de las cirugías realizadas.

Tras la remisión de la citada documentación, se ha incorporado al procedimiento el emitido por la Inspección Sanitaria el 27 de julio de 2021, que, tras analizar la historia clínica de la interesada y los informes emitidos en el curso del procedimiento, así como realizar las oportunas consideraciones médicas, concluyó que la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante fue adecuada y de acuerdo a la *lex artis*, pues se realizó una primera cirugía en el pie izquierdo el día 29 de enero de 2019 para corrección de Hallux valgus y 2º dedo martillo/garra que cursó sin complicaciones; a los dos meses de la cirugía la paciente consultó por dolor en la marcha, que precisó la realización de RMN que mostró una fibrosis planteándose una segunda cirugía. La fibrosis y la recurrencia de la deformidad entran dentro de las complicaciones habituales del procedimiento que se le realizó a la

paciente (osteotomía de Weil), sin que de ello pueda relacionarse con una mala praxis; la corrección del Hallux valgus fue correcta; se realizó una segunda cirugía del segundo dedo el día 2 de julio 2019 y en la revisión de la cirugía persistía la deformidad del segundo dedo y dolor, por lo que se realizó una tercera cirugía del segundo dedo que tampoco consiguió el resultado esperado de corrección de la deformidad, si bien ello no significa que se realizara de manera inadecuada. No obstante, ante la ausencia de los documentos de consentimiento informado firmados por la paciente (ya que no se habían remitido los de la primera y tercera cirugía, y el de la segunda estaba incompleto), la Inspección Sanitaria concluye que no se realizó un correcto manejo en materia de información médica y de consentimiento informado.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a la interesada y al Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz.

Obra en el expediente que el centro hospitalario formuló alegaciones en las que sostuvo que la actuación del centro hospitalario fue conforme a la *lex artis* con fundamento en los informes médicos que figuran en el procedimiento.

Consta que la interesada formuló alegaciones en las que incidió en los términos de su reclamación inicial. Recalcó la falta de los documentos de consentimiento informado puesta de manifiesto por la Inspección Sanitaria. Además, incrementó a 100.000 euros el importe de la indemnización solicitada.

El 8 de febrero de 2022, la interesada aportó nueva documentación médica de la asistencia prestada por el Hospital Universitario La Paz (folios 332 a 344).

Finalmente, el 4 de marzo de 2022 se formuló propuesta de resolución en la que se desestima la reclamación al considerar que la

actuación de los servicios implicados en el proceso asistencial de la interesada fue acorde a la *lex artis* y se rechaza la falta de información reprochada por la reclamante en el trámite de alegaciones.

CUARTO.- El 8 de marzo de 2022 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 143/22 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 19 de abril de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 LRJSP, en cuanto es la persona que recibió la atención médica que es objeto de reproche.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó por 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 (104/21, de 23 de febrero, 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 12^a de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, resulta de la documentación examinada que la primera cirugía realizada a la reclamante tuvo lugar el 29 de enero de 2019 y que, como consecuencia del resultado de la misma, la reclamante ha estado sometida a diversas intervenciones, la última realizada el 29 de octubre de 2019, por lo que cabe entender formulada en plazo la reclamación presentada el 14 de agosto de 2020, con independencia de la fecha de curación o de estabilización de las secuelas.

En cuanto al procedimiento, de acuerdo con el artículo 81 de la LPAC, se recabó el informe del servicio implicado en el proceso asistencial de la reclamante del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz. También ha emitido informe la Inspección Sanitaria y se ha conferido el correspondiente trámite de audiencia a la reclamante y al centro hospitalario. Finalmente, se ha redactado la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

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

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (núm. rec. 5006/2016), 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”*.

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 15 de marzo de 2018, RC 1016/2016) 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.- En el presente caso, como hemos visto en los antecedentes, la reclamante reprocha la cirugía realizada el 29 de enero de 2019 en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz para la corrección de Hallux valgus y segundo dedo de pie izquierdo, a la que imputa las secuelas que dice padecer y que atribuye a una mala ejecución de la técnica quirúrgica por parte del cirujano que la intervino. Durante el procedimiento también ha denunciado la falta de documentos de consentimiento informado para las cirugías a las que tuvo que someterse.

Expuestos los términos de la reclamación, y acreditado que la reclamante ha sufrido una evolución tórpida de su patología tras la referida cirugía, resulta esencial determinar si se produjo la infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales implicados en el proceso asistencial de la interesada, para lo cual debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017).

Como es sabido, y así lo destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2020 (recurso 829/2017) *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados”*.

En el presente caso, la reclamante, más allá de sus afirmaciones, no aporta prueba alguna que acredite la existencia de mala praxis por los especialistas implicados en su proceso asistencial, por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente, contrastados con la historia clínica examinada ponen de manifiesto que la asistencia sanitaria dispensada fue conforme a la *lex artis*. En este sentido, resulta relevante lo informado por la Inspección Sanitaria, ya que como hemos señalado reiteradamente, actúa con imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 11 de mayo de 2021

(recurso 6479/2020) y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así su Sentencia de 23 de diciembre de 2021(recurso 980/2020). Pues bien, en este caso, la Inspección Sanitaria concluye en su informe que la asistencia sanitaria puede considerarse correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc*.

Entrando en el análisis de los reproches de la reclamante, en primer lugar, cabe destacar que, según los informes médicos que obran en el expediente, la primera cirugía realizada el 29 de enero de 2019 estaba indicada y la técnica quirúrgica empleada es la recomendada y más utilizada para el tratamiento de deformidades de los dedos del pie y de las metatarsalgias mecánicas. Esos mismos informes, con sustento en la historia clínica examinada, acreditan que la intervención discurrió sin complicaciones. No obstante, aunque la técnica estaba indicada, la intervención cursara sin incidencias y se obtuvo una corrección óptima del Hallux valgus, como acredita la historia clínica, sin embargo, la evolución fue tórpida por lo que se refiere al segundo dedo del pie izquierdo, pero ello no resulta imputable a una mala praxis durante la cirugía, como pretende la reclamante, sino que fue debido a una complicación posible de la intervención, una fibrosis cicatricial que, según los informes médicos, está ampliamente documentada en la literatura médica.

En este punto la Inspección Sanitaria explica que las tasas de complicaciones y de recidiva en este tipo de cirugías pueden ser relativamente altas y es difícil lograr la satisfacción del paciente. En particular, por lo que se refiere a la cirugía del segundo dedo del pie izquierdo, indica que la rigidez metatarsofalángica postoperatoria y la necesidad ocasional de retirar el material de osteosíntesis son complicaciones posibles de la cirugía, aunque la técnica sea irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis*, así como también la recurrencia de la deformidad y la rigidez articular que puede deberse a

la fibrosis postoperatoria, deterioro biomecánico de los músculos intrínsecos o la reacción de los implantes utilizados para la fijación. En cuanto al manejo de la recurrencia, señala que puede ser la realización de una nueva osteotomía de Weil o una triple osteotomía para restaurar el espacio articular.

En este caso, en la consulta de 27 de mayo de 2019 tras los resultados de RMN del pie, se decide una segunda intervención quirúrgica del segundo dedo, que se lleva a cabo el 2 de julio de 2019, mediante la realización de una osteotomía tipo Weill con resección de fragmento óseo con efecto de acortamiento del metatarsiano y síntesis con tornillo de Weil (Fixos) de 13 mm, que discurrió sin incidencias. En contra de lo señalado por la interesada relativo a que no se realizó fijación en esta segunda cirugía, la Inspección Sanitaria subraya que dicha afirmación resulta desmentida por la historia clínica, en la que consta que en la radiografía de control realizada el 24 de julio de 2019 se observa el tornillo que posteriormente sería retirado en la cirugía de 29 de octubre de 2019.

Si bien esta segunda cirugía no obtuvo el resultado esperado, pues la reclamante continuó con molestias en relación a la deformidad del segundo dedo, ello es una complicación posible aunque la técnica sea irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis* y, en este caso, en palabras de la Inspección Sanitaria, no puede ser considerado como una actuación inadecuada por parte del cirujano ya que no constan incidencias durante la intervención ni en el postoperatorio cuando se realizaron las curas.

Tras esa segunda cirugía y vista la evolución, se propuso a la interesada una tercera intervención para mejorar la flexibilidad y posición del dedo, realizándose la cirugía el 29 de octubre de 2019. La complicación posterior de edema que se constató en la consulta de revisión de 12 de diciembre de 2019 así como su mejoría en la de 10 de

enero de 2020, en palabras de la Inspección Sanitaria, responde a una evolución razonable y coherente en tres cirugías realizadas en un plazo de diez meses, siendo normal un retraso en la recuperación del tamaño de los dedos y desaparición de la inflamación.

Por tanto, a la luz de lo expresado en los informes de los servicios implicados en la asistencia sanitaria prestada a la reclamante, contrastados con la historia clínica y en particular, teniendo en cuenta el relevante criterio de la Inspección Sanitaria, para quién, la asistencia sanitaria dispensada no merece ningún reproche, debemos concluir, a falta de otra prueba aportada por la interesada que desvirtúe dichas afirmaciones, que no se ha acreditado la mala praxis denunciada y que las complicaciones sufridas son posibles, según la literatura médica, aunque la técnica quirúrgica sea irreprochable, como ocurrió en este caso.

QUINTA.- Debemos analizar el defecto de información alegado por la interesada por falta de los documentos de consentimiento informados para las tres cirugías realizadas, tal y como ha sido puesto de manifiesto por la Inspección Sanitaria y reconocido en el procedimiento por el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz.

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

incluye los posibles riesgos que se puedan producir (artículo 8.3 Ley 41/2002).

La finalidad de la información es permitir al paciente tomar la decisión de someterse a la técnica médica de que se trate con conocimiento de los riesgos que pueden derivarse de la misma y la falta de información equivale a una limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el artículo 15 de la Constitución Española, según tiene declarado el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011, de 28 de marzo.

En el presente caso, como hemos dicho, el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz ha reconocido en el procedimiento no haber localizado los documentos de consentimiento informado firmados por la interesada para las tres cirugías a las que se sometió en el centro hospitalario.

En este punto conviene recordar la doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora según la cual la regulación legal no excluye de modo radical la validez del consentimiento realizado de forma verbal, si bien al exigirse la constancia escrita en los supuestos citados en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, como son las cirugías a las que se sometió la interesada, ello tiene virtualidad suficiente para invertir la carga de la prueba, por lo que debe ser la Administración sanitaria quien pruebe que proporcionó a la paciente toda la información sobre las circunstancias relacionadas con la cirugía, incluidos sus posibles riesgos y beneficios.

En este caso, en cuanto a la primera cirugía, no figura en el expediente el documento de consentimiento informado firmado por la interesada, y aunque consta reseñado en la historia clínica, en la consulta de 26 de noviembre de 2018, que la reclamante quería

operarse, que hubo una explicación, que aceptó y firmó el consentimiento informado, sin embargo se desconoce cuál fue la explicación ofrecida y si esta contemplaba la información que debía suministrarse, teniendo en cuenta, además, según ha informado la Inspección Sanitaria, que en este tipo de cirugías es muy importante el manejo de las expectativas de los pacientes para lo que hay que explicar muy bien las tasas de complicaciones y las posibilidades de recidivas, que son relativamente altas, por lo que deben ser conscientes de la falta de garantías a la hora de someterse a la cirugía. Por ello, la escueta reseña de la historia clínica no nos permite tener por acreditado que dicha información fuera completa y adecuada. Lo dicho es trasladable a la segunda y tercera cirugía. Por lo que se refiere a la segunda, si bien consta la hoja correspondiente a la firma, de lo que se infiere que se firmó un documento, se desconoce su contenido y en cuanto a la tercera, ni siquiera hay mención a la firma, aunque no conste el documento, pues no vale conjeturar, como hace la propuesta de resolución (destaca que consta en la historia clínica el aplazamiento de la cirugía consentido por la reclamante, “*lo que de algún modo hace presuponer una previa conversación explicativa respecto de la intervención*”), sino que es necesario probar que se suministró la información y que esta fue completa y adecuada.

En definitiva, a la luz de lo expresado, cabe considerar que la Administración no ha acreditado que proporcionó a la reclamante la información exigible antes de que esta se sometiera a las tres cirugías realizadas en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, y correspondiéndole la carga de la prueba conforme a la inversión que antes hemos mencionado, ha de pechar con las consecuencias de la falta de acreditación y reconocer que la reclamante ha visto lesionado su derecho a la información.

En estos casos la valoración de dicho daño, que hemos calificado como moral, 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)-. 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, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”*.

En este caso, tratándose de la falta de consentimiento para las tres cirugías a las que se sometió la reclamante, cabe reconocer una indemnización de 9.000 euros por el daño moral sufrido por la interesada.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación formulada y reconocer una indemnización de 9.000 euros al no haberse acreditado que la reclamante fuera debidamente informada con carácter previo a las cirugías realizadas en el centro hospitalario.

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 19 de abril de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 208/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid