

Dictamen n.º: **400/23**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **20.07.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de julio de 2023, 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 la intervención quirúrgica de extracción de tornillos de rodilla izquierda por el Servicio de Traumatología del Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz (HFJD).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa de un escrito presentado el 25 de enero de 2021 en el HFJD por la persona indicada en el encabezamiento, en el que manifiesta que fue intervenida el 7 de agosto de 2020 para la extracción de material de osteosíntesis de la rodilla izquierda, pero que sufre fuertes dolores inflamación, cojera y pérdida de movilidad, que le impide trabajar, porque el hueso no estaba soldado, pese a lo que le dijo el traumatólogo que le intervino

La reclamante cuantifica la indemnización de los daños y perjuicios en 75.000 euros, y acompaña informes médicos y radiografías.

Con fecha 28 de julio de 2022 presenta nuevo escrito en el SERMAS en el que refiere que, según radiografías que adjunta, se comprueba que se ha calcificado el hueso que el cirujano que le atendió no quiso retirar, y que, como consecuencia de ello, debió retirarse del fútbol profesional.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, el órgano instructor solicitó la historia clínica, pudiéndose extraer los siguientes hechos de interés:

La reclamante, nacida en 1997, fue intervenida de luxación recidivante de rótula izquierda en el Hospital de Parla en 2017 y de rótula derecha en HFJD en 2013.

En mayo de 2018 acude al HFJD por dolor en rodilla izquierda y en rótula, se solicita radiografía (RX) y se cita para revisión.

El 10 de julio de 2018 acude a consultas de Traumatología del HFJD y refiere que no ha vuelto a tener episodios de luxación, pero que tiene sensación de que se va a salir la rótula y que, en reposo y sedestación tiene dolor. Manifiesta también molestias al bajar escaleras y algo de inhibición del cuádriceps. La exploración muestra: *“rótula izquierda con altura aumentada, aumento de traslación patelar de forma marcada, tilt no patológico, rótula casi luxable. Tornillos distales sin protusión, adecuado centraje de la rótula, pero a partir de los 50º de flexión está lateralizada”*. Se solicita TAC.

El 23 de agosto de 2018 se informa del resultado de TAC, que muestra cambios postquirúrgicos de ostomía de la tuberosidad tibial anterior, consolidadas, con material de osteosíntesis en el lado derecho. Tendinopatía postquirúrgica distal rotuliana bilateral. Patela alta bilateral y pequeñas osificaciones insercionales rotulianas residuales derechas en los estabilizadores mediales.

Se propone intervención quirúrgica de reconstrucción de MPFL (ligamento femoropatelar medial), con autoinjerto de isquiotibiales, sin hacer osteotomía.

Se solicita preoperatorio y firma el consentimiento informado.

Se interviene el 5 de septiembre posterior, con reconstrucción del ligamento patelofemoral medial con autoinjerto de isquiotibial (semitendiniso). Se realiza extracción de los tornillos de la osteotomía previa, sin hacer osteotomía.

A las cuatro semanas acude a revisión anotándose que camina con muleta y realiza ejercicios de flexoextensión con buena tolerancia, no derrame articular, buen Tracking patelar. Extiende completo, flexiona 120°.

En posterior revisión en noviembre de ese año tiene dolor en la bipedestación mantenida, con sensación de inflamación.

El 5 de diciembre de 2018 acude la paciente a revisión y se anota: *“marcha normalizada sin ayudas técnicas. Rodilla izquierda: Cicatrices con buen aspecto. Molestias a la palpación en alerón rotuliano. Rótula móvil, molestias a la movilización. RA: completo. BM de cuádriceps 4/5. Meniscales negativas. No cajones. Monopodal estable, no doloroso. Capaz de triple flexión y salto monopodal sin dolor. Sube y baja escaleras alternando. Es capaz de realizar trote sin*

dolor. Evolución: favorable, actualmente movilidad completa de rodilla, con patrón de marcha normalizada. Alta de tratamiento por mejoría clínica y funcional.”

Revisión en febrero de 2019, cuando refiere que continúa con dolor en la rodilla, tiene inflamación frecuente y ha notado algunos episodios de subluxación bajando escaleras, con aprensión importante. Exploración: no derrame articular, tracking patelar satisfactorio, pero tiene aún rótula bastante alta, por lo que en los primeros grados de flexión no consigue buen centraje en la tróclea femoral. Conserva tensión en la plastia, no se consigue luxar la rótula. Se solicita RX y cita en tres meses.

Acude a nueva revisión tras 8 meses de la cirugía y se hace constar: *“presenta mucho dolor en cara anterior de la rodilla, con varios episodios de aprensión bajando escaleras, con probable subluxación rotuliana, pero no luxación como tal. Exploración rodilla sin derrame articular, pero con dolor intenso e inflamación en el tendón rotuliano. Buen Tracking patelar, pero centraje en la tróclea a partir de los 60° de flexión de rodilla. Insall salvati de 1.4. Presenta erosiones cutáneas en cara anterior de rodilla no relacionada con la cicatriz, con impresión de rozaduras, la paciente niega traumatismo”*.

El 27 de junio de 2019 en nueva revisión esta clínicamente similar, se propone rehacer la osteotomía de Fulkerson para más medialización y distalización, advirtiendo que hay mayor riesgo de pseudoartrosis. Acepta y firma consentimiento informado.

El 5 de agosto de 2019, se realiza osteotomía tipo Fulkerson de tuberosidad tibial anterior (TTA), con mayor distalización y medialización de la TTA y osteosíntesis con tornillos de cortical de 4.5 mm. Postoperatorio sin incidencias con control radiológico satisfactorio.

En revisión a las 5 semanas de la cirugía, se anota: *“no protusión de material de osteosíntesis, buen centraje rotuliano con la flexión de la rodilla, rango articular de 0-100°. RX control bien. SE solicita rehabilitación”*.

El 5 de noviembre de 2019 presenta dolor moderado y dificultad para subir y bajar escaleras. Exploración: no protusión de material de osteosíntesis, tracking patelar no patológico, buen centraje, rótula no luxable, conserva tensión en la plastia del MPFL. Se autoriza a realizar carrera suave.

El 18 de mayo de 2020 acude a consulta y refiere dolor en rodilla, extensión activa conservada, dolor a nivel TTA. RX: fractura en región proximal de osteotomía a nivel del tornillo proximal. Se solicita TAC y ecografía.

El 18 de junio del mismo año, el TAC muestra cambios postquirúrgicos de osteotomía de la tuberosidad anterior de la tibia con escasos signos de consolidación, con fractura y desplazamiento del fragmento proximal de 14 mm adyacente al tornillo superior. Índice de altura patelar en límite alto de la normalidad (1,3). Tendinopatía distal postquirúrgica del tendón patelar. Cambios postquirúrgicos de la patela y fémur distal en relación con la plastia del ligamento patelofemoral medial. Pseudoartrosis osteotomía de Fukenson en tuberosidad tibial anterior (TTA), con fractura del segmento proximal de rodilla izquierda.

Se propone nueva intervención quirúrgica, que se realiza el 7 de agosto del 2020, en la que se realiza extracción material osteosíntesis y se comprueba la consolidación de la TTA.

El 10 de febrero de 2021 se informa TAC, recogándose cambios postquirúrgicos de osteotomía de la tuberosidad anterior de la tibia,

que comparado con el estudio previo se ha retirado el material de osteosíntesis. Índice de altura patelar en el límite de la normalidad (1,3). Tendinopatía calcificada distal postquirúrgica del tendón rotuliano. Cambios postquirúrgicos en patela y fémur distal en relación con la plastia del ligamento patelofemoral medial sin cambios. No derrame articular.

El 25 de febrero de 2020, se anota en revisión mala evolución, refiere episodios de inestabilidad. Se remite de nuevo a Rehabilitación.

La paciente es dada de alta en Rehabilitación por no acudir al tratamiento.

TERCERO.- Incorporada al procedimiento la historia clínica de la reclamante, remitido por el centro privado concertado, cuyo contenido esencial se ha recogido anteriormente, se procedió a la instrucción del expediente y, conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC, se ha también incorporado el informe del servicio interviniente emitido el 15 de noviembre de 2021, en el que se expone la asistencia prestada a la reclamante, que se reputa correcta.

La Inspección Médica emite informe con fecha 18 de noviembre de 2022, en el que, tras analizar la historia clínica, y referir las complicaciones como previstas en los consentimientos informados, concluye que la asistencia fue adecuada y de acuerdo a la *lex artis*.

Sin la práctica de más actos de instrucción, se confiere trámite de audiencia, presentando la reclamante escrito de alegaciones fechado el 11 de marzo de 2023, en el que expone y acredita que comunicó las dificultades para acudir a las sesiones de rehabilitación por razones laborales.

El 21 de marzo de 2023 se presentan alegaciones por el centro privado prestador del servicio sanitario reprochado, en las que viene a interesar la desestimación de la reclamación.

Finalmente, el 6 de junio de 2023 se formula propuesta de resolución por el viceconsejero de Gestión Económica, en la que concluye desestimando la reclamación, al considerar que no concurren los presupuestos para la declaración de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- El 7 de junio de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la preceptiva solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente al letrado vocal Don 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 20 de julio de 2023.

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.

La reclamante ostenta legitimación activa para reclamar en la condición de perjudicada por la asistencia sanitaria que considera deficiente.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en tanto que la asistencia fue dispensada en un centro sanitario integrado en su red sanitaria pública a través de un convenio singular y fue prestada a la reclamante por su condición de titular de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, y ello sin perjuicio de que proceda repetir contra el citado centro hospitalario en caso de apreciarse responsabilidad patrimonial.

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 presente caso, la reclamación se presentó el 25 de enero de 2021, y la intervención quirúrgica a la que se atribuyen los daños por la reclamante es la realizada el 7 de agosto de 2020 para la retirada del material de osteosíntesis, lo que pone de manifiesto la presentación en plazo de esa reclamación, sin perjuicio de la fecha de determinación de las secuelas.

Respecto al procedimiento seguido, se ha solicitado y emitido el informe preceptivo previsto en el artículo 81.1 LPAC, esto es, el servicio cuya actuación es objeto de reproche. También consta

haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica, tras lo cual se ha dado audiencia a los interesados.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, 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 adelante, LRJSP) en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes.

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:

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”.*

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4.^a) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) que: *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente”,* por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones.

QUINTA.- Entrando a analizar en el supuesto concreto la existencia de los elementos antes mencionados, la reclamante

atribuye una mala praxis y la mala evolución de sus lesiones en la rodilla izquierda a la intervención realizada por el Servicio de Traumatología del HFJD el 7 de agosto de 2020 para la retirada del material osteosíntesis anteriormente insertado.

A juicio de la reclamante, en esa intervención se debía comprobar que el hueso no estaba soldado y se debía haber hecho un injerto óseo.

Esa afirmación la realiza la reclamante sin aportar ningún informe pericial de médico especialista en Traumatología que permita sustentar mínimamente ese reproche.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de abril de 2022 (Rec. 1079/2019), las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica.

Ciertamente, la valoración de una actuación médica no puede hacerse con un mínimo rigor si no está acompañada de informes médicos que la sustenten. Las opiniones de los legos en la materia, y más si están mediatizadas por los malos resultados de una intervención quirúrgica, no pueden sustentar por si solas una responsabilidad patrimonial del servicio sanitario.

A este respecto, cabe reiterar que la falta de éxito en una cirugía no implica per se, al menos en la medicina curativa, la existencia de responsabilidad.

Frente a las afirmaciones de la reclamante, la Inspección Médica, cuya objetividad y cualificación profesional hace que su criterio merezca especial valoración, considera que la técnica empleada para

el abordaje de la lesión fue la correcta, no apreciando mala práctica y calificando la actuación médica como adecuada.

Así, en ausencia de otra valoración médica más fundada, no podemos sino acoger ese criterio de la inspectora médica.

A lo expuesto se une que, en el consentimiento informado firmado por la reclamante para la intervención controvertida recoge que las molestias e inflamación se pueden prolongar en el tiempo o hacerse continuas. También advierte de que, si bien la movilidad y el dolor suele mejorar, ello depende de las circunstancias en que se encuentre la rodilla que, en el caso de la reclamante, había sufrido diversas intervenciones y presentaba luxación de rótula recidivante. Ese mismo documento de consentimiento expone como riesgos la rigidez o limitación funcional articular la necesidad de intervenciones adicionales y dolor residual.

Por tanto, la falta de apreciación de mala praxis del servicio médico interviniente y la suficiente información proporcionada a la reclamante, nos deben llevar a no apreciar antijuridicidad en el daño que la mala evolución de las lesiones haya podido producir.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no apreciarse daño antijurídico atribuible al servicio sanitario público.

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 20 de julio de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 400/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid