

Dictamen nº: **537/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **12.12.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 12 de diciembre de 2019, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada Dña. (en adelante “la reclamante”), asistida de un abogado, por los daños y perjuicios que atribuye a la deficiente asistencia sanitaria prestada por el Hospital Fundación Jiménez Díaz (HFJD) en relación con las secuelas derivadas de una cirugía en pie derecho sin pruebas previas adecuadas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de octubre de 2017, la persona citada en el encabezamiento presenta un escrito de reclamación por responsabilidad patrimonial como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria recibida en el HFJD.

Expone que, debido a los intensos dolores que padecía, el 24 de diciembre de 2016 acudió a la consulta de un traumatólogo especialista en la materia, que observó el pie descalzo de la reclamante y sin realizar exploración alguna ni pruebas de imagen, diagnosticó dedo en maza.

Refiere que se decidió someter a la paciente a una intervención para corregir la patología descrita, firmando en ese momento el consentimiento informado sin ninguna explicación adicional y programando la intervención para el 31 de enero de 2017.

Señala que el 20 de enero de 2017, después de la realización de las pruebas solicitadas por el Servicio de Anestesiología, firmó consentimiento informado para “*pie derecho 4º dedo en maza*” y se practicó la intervención prevista. Añade que sin embargo, en función de lo dispuesto en el protocolo quirúrgico, no fue intervenida de la patología que padecía sino de otra bastante distinta.

Explica que el 6 de abril de 2017, acudió a la consulta de revisión postquirúrgica programada e informó al facultativo que los dolores no había remitido, que tenía el dedo acorchado y que no le apoyaban los dedos en el suelo, no pudiendo caminar más de diez minutos seguidos con una cojera significativa, y que el doctor normalizó la situación debido al tipo de intervención al que había sido sometida y procedió al alta.

Refiere que el día 15 de abril acudió a su médico de Atención Primaria que quedó “*sorprendida ante la prontitud del alta*” y solicitó Rx que concluyó “*Cambios postquirúrgicos en la falange proximal del 4º dedo*”, se derivó de nuevo al especialista, en este caso del Hospital Universitario de Móstoles, que la vio por primera vez en consulta el día 27 de abril y el 8 de junio en revisión donde se le explicó que los dolores que padecía se debían al mal apoyo del pie, volviendo a pautar revisión después del verano.

Pone de manifiesto que en el momento de formular la reclamación todavía se encuentra en evolución, continua con intensos dolores, incapacitada para la marcha y para sostenerse en pie por lo que ha tenido que anular los dos viajes que tenía previstos para vacaciones.

Considera como actos médicos reprochables el incorrecto manejo de la paciente, la ausencia de pruebas preoperatorias, y la utilización de una técnica quirúrgica inadecuada, puesto que la intervención de dedo martillo se realizó sin ninguna prueba de imagen previa que pudiera permitir al cirujano la verdadera patología, puesto que como dispone la historia clínica, en la primera consulta el diagnóstico fue de dedo en maza. Critica que no se le informase de la opción de un tratamiento conservador.

Cuantifica el importe de la indemnización en 21.973,54 euros.

Acompaña al escrito de reclamación diversa documentación médica, partes de baja por incapacidad temporal y facturas emitidas por dos agencias de viajes en junio de 2017.

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

Consta en el expediente que la reclamante, de 59 años en el momento de los hechos, acudió a la consulta del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HFJD el día 29 de diciembre de 2016, constando en el informe emitido por el facultativo: *“pie derecho en maza para cirugía”*.

En esa misma fecha firmó el documento de consentimiento informado para cirugía de la patología del antepié, en el que consta como consecuencias de la intervención *“(..) el acortamiento de los dedos intervenidos, así como una incapacidad para moverlos adecuadamente. Dicha incapacidad puede ser temporal aunque puede persistir una pérdida de movilidad variable no predecible secundaria al proceso de cicatrización normal (...) Ocasionalmente puede presentarse un síndrome doloroso complejo con dolor prolongado en el tiempo”*.

El documento refleja como alternativas al procedimiento quirúrgico *“el tratamiento con analgésicos y antiinflamatorios, calzado adecuado, plantillas de descarga, fundas de silicona o algún tratamiento similar puede servir para mejorar las molestias pero no para corregir la deformidad ni evita una intervención posterior”*.

Fue intervenida quirúrgicamente en el HFJD el día 31 de enero de 2017 para realizar corrección de pie derecho mediante *“reparación 4º dedo en martillo pie derecho mediante condilectomía y tenodermodesis”*, y dada de alta en esa misma fecha, con la indicación de acudir a consulta con su cirujano para revisión en 6-8 semanas.

Acude a revisión el día 6 de abril de 2017, constando en el informe: *“Viene tras cirugía, aspecto satisfactorio, se queja de acorchamiento. Buena evolución para el tiempo transcurrido. Alta”*.

El día 15 de abril de 2017 se realiza radiografía de 4º dedo del pie derecho: *“Cambios postquirúrgicos en la falange proximal del 4º dedo. Estructuras óseas de morfología y densidad normal, sin evidencias lesiones líticas ni blásticas. No se aprecian líneas de fracturas. Correcta alineación de elementos óseos. Espacios articulares conservados. No se observa alteraciones en partes blandas”*.

El 21 de abril de 2017 es derivada por su médico de Atención Primaria a Traumatología y acude al Servicio de Traumatología del Hospital de Móstoles en las siguientes fechas:

- 27 de abril de 2017: *“sigue con dolor e hinchazón. Su traumatólogo le ha dado el alta. En inspección la apariencia es buena en el plano sagital, con hinchazón que en ocasiones puede considerarse normal en este tipo de intervención quirúrgica (...) Revisión en seis semanas con nueva RX (...)”*.

- 8 de junio de 2017: “(...) Cuenta con muchos dolores en el antepié que parecen secundarios al mal apoyo. Le insisto que es pronto, que seguramente mejore. Citar después del verano”.

- 24 de julio de 2017: “(...) La apariencia es buena, no impresiona que pueda rozar el calzado. Recomendando esperar, tal como refiere (Dra. Anterior). Me enseña documentos en los que consta que la intervención quirúrgica para la que se le puso en lista de espera quirúrgica fue para dedo en maza. Revisión en tres meses”.

- 28 de octubre de 2017: “(...) en el pie aporta resonancia magnética (...) No doy valor. Seguir en esta línea. Se va a incorporar, lo cual le puede venir bien”.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación, se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC se ha recabado el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de HFJD de 6 de marzo de 2018 que señala que la cirugía por deformidad de los dedos menores en el pie, ya sea martillo, maza, etc. consiste en enderezar el dedo, y que la cirugía de los dedos menores del pie no requiere de forma preceptiva ningún estudio de imagen específico para proceder a su corrección quirúrgica.

Explica que la técnica habitual para la corrección de las deformidades mencionadas consiste básicamente en realizar una condilectomía y teno-dermoplastia, si bien durante la cirugía se observa una corrección insuficiente se puede añadir una capsulotomía,

alargamientos del tendón o técnicas similares hasta obtener la corrección deseada.

Afirma que en el caso de la reclamante se aplicó el tratamiento correcto para su deformidad según *lex artis*, consiguiendo el resultado de corrección que se pretendía con la cirugía propuesta y llevada a cabo, señalando que así lo corroboran tanto el estudio de la resonancia magnética realizado e informado el 26 de agosto de 2017, y el informe del traumatólogo de 27 de abril de 2017 del Hospital de Móstoles.

Considera que de la documentación aportada no hay datos objetivos que puedan relacionar la cirugía llevada a cabo en el HFJD con los síntomas que declara sufrir la paciente.

Añade que una cirugía como la practicada a la reclamante no ha producido en ningún caso descrito en la literatura médica dolores intensos como los que describe la demandante, y que la complicación tardía más importante sería la falta de corrección completa de la deformidad que en el caso que nos ocupa es, de forma objetiva, satisfactoria.

El informe de la Inspección Sanitaria, tras analizar la historia clínica y el informe emitido, efectúa una serie de consideraciones médicas y concluye que la actuación se ajustó a la *Lex artis ad hoc*.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, evacuado el oportuno trámite de audiencia a la reclamante, formula alegaciones en las que efectúa una crítica al informe de la Inspección y se reitera en lo expuesto en su escrito de reclamación.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad ha formulado propuesta de resolución de 12 de agosto de 2019 en el sentido de desestimar la

reclamación por no concurrir los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 16 de octubre de 2019 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Laura Cebrián Herranz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 12 de diciembre de 2019.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de estos 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, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (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 LPAC, al haberse

iniciado con posterioridad a su entrada en vigor, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la LPAC en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y por tanto, para reclamar los daños que según afirma, le han producido la asistencia sanitaria recibida.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó por el HFJD que se trata de un hospital de gestión privada concertado con la Comunidad de Madrid.

Así, como ya señaló el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y 13/15, de 21 de enero), asumiendo la también reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª), y ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (así los dictámenes 112/16, de 19 de mayo y 402/17, de 11 de octubre) es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de

carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sometido a dictamen, la intervención quirúrgica tuvo lugar el día 31 de enero de 2017, por lo que la presentación de la reclamación administrativa el día 3 de octubre de 2017 tuvo lugar dentro del plazo legal con independencia de la determinación del alcance de las secuelas.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se han solicitado los informes preceptivos previstos en el artículo 81 LPAC.

También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria, y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes se ha dado audiencia a la reclamante, que ha efectuado alegaciones. Por último se ha formulado la oportuna propuesta de resolución.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en la actualidad tanto en la LPAC como en la LRJSP, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el artículo 32 de la LRJSP, es necesario que concurra:

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) Ausencia de fuerza mayor.

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

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)).

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas 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, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”.

CUARTA.- En el presente caso, la reclamante reprocha que no se le hicieran pruebas preoperatorias adecuadas y considera inadecuada la técnica quirúrgica empleada.

Sin embargo, para determinar la supuesta infracción de la *lex artis* debemos partir de la regla general de que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2017 (recurso 909/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es, por tanto, al reclamante a quien incumbe probar mediante medios idóneos que la asistencia que le fue prestada no fue conforme a la *lex artis*, entendiendo por medios probatorios idóneos según la Sentencia de 15 de noviembre de 2018 del Tribunal Superior de Madrid (recurso: 462/2017) “*los informes periciales e informes técnicos incorporados a los autos y al expediente administrativo, pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y en los cuales necesariamente debe apoyarse el tribunal a la hora de resolver las cuestiones planteadas*”.

Pues bien, en este caso la reclamante no ha incorporado al procedimiento ningún tipo de acreditación de que la atención que le fue dispensada fuera contraria a la *lex artis*, sin que sirvan a este propósito

las afirmaciones contenidas en el escrito de reclamación sin sustento probatorio alguno. Por el contrario, de los informes obrantes en el expediente se infiere que la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante ha sido correcta.

En efecto, según afirma la Inspección sanitaria en su informe, después de reproducir el contenido del consentimiento informado firmado por la reclamante, *“(...) no consta en la HC anotación sobre si se realizó o no exploración en dicho momento. Pero sí consta y así firma y declara la paciente que le ha sido explicado el procedimiento, lo ha comprendido, ha podido aclarar sus dudas...”*.

Considera que la información reflejada en el consentimiento informado y firmada por la paciente es la correcta.

En relación a la necesidad o no de realizar una prueba de imagen previa a la intervención quirúrgica, aclara que no es preceptiva ninguna prueba de imagen previa, que el diagnóstico es clínico, se basa en el examen físico del pie y es en función de la deformidad que aprecia el cirujano cuando este realiza una u otra actuación, que fundamentalmente se basa en realizar una condilectomía.

Por tanto, añade, no puede afirmarse que se realizó una técnica quirúrgica inadecuada, ya que el tipo de deformidad resulta evidente en el campo quirúrgico y además no se aprecia posteriormente en las pruebas de imagen solicitadas que se produjera tal técnica equivocada.

Precisa que tampoco puede afirmarse que se manejara de manera incorrecta a la paciente, que en relación con la ausencia de pruebas preoperatorias se realizaron las que fueron necesarias y que considera intrascendente que en la lista de espera quirúrgica pusiera *“pie en maza”* y fuera intervenida de dedo en martillo.

Conclusión a la que debemos atenernos dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas, la dictada el 22 de junio de 2017 (recurso 1405/2012):

“... sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la Litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe.”

Procede finalmente reiterar que en el caso que nos ocupa, obra en el expediente un documento de consentimiento informado, fechado y con los nombres y firmas de la paciente y del médico informante, en el que se señalan las posibles consecuencias de la intervención quirúrgica así como las alternativas a su realización, quedando por tanto la reclamante informada de tales extremos.

Debemos recordar 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*” (artículo 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 mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación al no haber quedado acreditada la infracción de la *lex artis* en la atención dispensada a la paciente, ni la antijuridicidad del daño.

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 12 de diciembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 537/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid