

Dictamen nº: **265/21**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **09.06.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 9 de junio 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 D., por los daños y perjuicios que atribuye a una cirugía de prótesis total de cadera realizada en el Hospital General de Villalba.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de junio de 2018 la persona citada en el encabezamiento, asistida por un abogado, presenta en el Servicio Madrileño de Salud una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la cirugía de cadera realizada en el centro hospitalario anteriormente referido.

En el escrito se relata que el 16 de noviembre de 2016, el reclamante acudió al Servicio de Urgencias del Hospital General de Villalba por presentar dolor en la ingle derecha, irradiado hacia el muslo derecho, alcanzándose el diagnóstico de una posible

trocanteritis. Añade que, en la consulta de Traumatología de 21 de noviembre de ese mismo año, el diagnóstico fue también de posible trocanteritis y síndrome piramidal, pautándose realizar unas radiografías, ejercicios y medicación. El resultado de las mencionadas radiografías, que se examinaron en la siguiente consulta de 30 de noviembre, fue de coxartrosis bilateral en cadera derecha, con mayor afectación en el lado derecho, por lo que se recomendó una infiltración de cadera, que se realizó el 24 de enero de 2017.

El interesado continúa relatando que el 24 de marzo de 2017 le comunicaron que se debía intervenir en corto plazo y ponerle una prótesis de cadera, aunque se recomendó aguantar el máximo posible, debido a su joven edad. Sin embargo, los dolores persistían, por lo que el 21 de agosto de 2017 acudió de nuevo a Urgencias, donde la pautaron una fuerte medicación analgésica y le citaron en consulta de Traumatología el 24 de agosto. Refiere que ese día firmó el documento de consentimiento informado para la cirugía en el que se exponían las posibles complicaciones de la intervención, entre las que no constaba la posibilidad de sufrir hipermetría.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, el interesado explica que el 21 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la cirugía, constando en el protocolo quirúrgico que se produjo una rotura de la pared medial de acetábulo, defecto que se rellenó con injerto óseo. Refiere que, al día siguiente de la intervención, en la consulta de Rehabilitación se observó que la rodilla se encontraba en forma de flexo, por lo que fue remitido a Traumatología, donde le comunicaron que se trataba de una reacción normal debido a la reciente operación, y que en un periodo aproximado de un mes desaparecería. Recibió el alta hospitalaria el 24 de septiembre de 2017, citándole para una revisión que tendría lugar en el mes de noviembre.

Según relata el interesado, en la revisión del día 3 de noviembre, el traumatólogo observó una gran dismetría, que, según dice le comunicaron, no entraba en los parámetros de normalidad. Tras la realización de una radiografía, el 23 de noviembre de 2017 le diagnosticaron una gran dismetría por hipermetría respecto del miembro inferior derecho, causada por 4 centímetros de diferencia entre las tibias, si bien se comunicó que la dismetría se reduciría en 0,5 centímetros gracias a la rehabilitación, quedando finalmente en 3,5 centímetros, lo que, según subraya, no ocurrió, permaneciendo en todo momento en 4 centímetros, por lo que se recomendó un alza de dicho tamaño; no obstante, fue necesario aumentarla a 5 centímetros para conseguir la estabilidad del paciente.

El interesado reprocha que el documento de consentimiento informado no puede amparar la negligencia, siendo además un formulario genérico, parco e incorrecto, en que no constaba información respecto de las posibles secuelas específicas que podía sufrir el paciente, tal y como resultó ser la dismetría en la pierna derecha.

El interesado también denuncia la falta de medición y comprobación de la longitud de los miembros inferiores del paciente previo a la intervención, pues dicha actuación no consta en la historia clínica y el reclamante tampoco recuerda que se le practicase. Subraya que la primera medición se realizó 1 mes después de la intervención por lo que sostiene que no se puede alegar que la dismetría fuera previa a la cirugía sin haber procedido a una medición previa.

En virtud de lo expuesto solicita una indemnización de 73.641,16 euros, desglosada en los siguientes conceptos:

A. Daños por secuelas, 54.321,26 euros, en base a:

1. Perjuicio personal básico.

• Dismetría por hipermetría del miembro inferior derecho de 5 cm...15 puntos.

• Flexo de rodilla derecha...5 puntos.

Total...24.642,08 euros.

• Perjuicio estético medio...14 puntos.

Total, por perjuicio personal básico ...39.321,26 euros

2. Perjuicio personal particular:

• Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas, moderado...15.000 euros.

B. Lesiones temporales, 17.319,90 euros, en base a:

1. Perjuicio personal particular,

- Estancia hospitalaria grave, 3 días x 75 euros...225 euros.

- Baja moderada, 193 días x 52 euros...10.036 euros.

2. Perjuicio patrimonial,

- 4 alzas por año...7.058,90 euros.

El escrito de reclamación se acompaña con diversa documentación médica, los partes relativos a la incapacidad temporal del interesado y unas facturas (folios 1 a 151 del expediente).

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

El reclamante, de 43 años de edad en la fecha de los hechos, el 7 de noviembre de 2016 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital General de Villalba por un cuadro de dolor en región proximal del muslo derecho. El juicio clínico fue de una posible trocanteritis, remitiendo al reclamante a la consulta de Traumatología.

El día 21 de noviembre de 2016, el interesado fue visto en el Servicio de Traumatología, diagnosticándose un síndrome piramidal además de la posible troncateritis. Se pautaron pruebas radiológicas y revisión en 15-20 días.

El reclamante acudió a revisión el 30 de noviembre de 2016, alcanzándose el diagnóstico de coxartrosis bilateral, más acusada en la cadera derecha. Se anotó que se había explicado la patología y se había recomendado infiltración de cadera, que se realizó el 24 de enero de 2017, con corticoides y un anestésico.

En la consulta de 24 de marzo de 2017 el reclamante refirió mejoría. El especialista explicó la patología, indicando al interesado que padecía coxartrosis severa y que iba a precisar tratamiento quirúrgico a corto plazo. Se recomendó nueva infiltración y revisión en tres meses.

El 21 de agosto del 2017, el reclamante acudió al Servicio de Urgencias del Hospital General de Villalba, por la persistencia e incremento del dolor, que le impedía dormir. Se pautó analgesia y se recomendó reposo hasta la cita que tenía en la consulta de Traumatología para el día 24 de agosto.

En la consulta de 24 de agosto de 2017, el reclamante mostró su deseo de ser intervenido quirúrgicamente pues el dolor no mejoraba con el tratamiento analgésico. Se anotó que se había consensuado la

cirugía de prótesis total de cadera y que se habían explicado los riesgos y beneficios de la intervención.

El reclamante firmó ese mismo día el documento de consentimiento informado para la cirugía. En dicho documento se describe el procedimiento, sus riesgos y complicaciones más habituales, y las alternativas. En el apartado de “*consecuencias seguras*” el documento recoge que “*para implantar la prótesis de cadera es necesario extirpar parte del hueso de la articulación y su adaptación puede tener como consecuencia el alargamiento o el acortamiento de los huesos y secundariamente el miembro intervenido*”.

El 21 de septiembre de 2017 el reclamante fue intervenido de prótesis total de cadera derecha. En el protocolo quirúrgico consta que se produjo una rotura de la pared medial del cotilo (al hacer el fresado progresivo hasta 56), defecto que se rellenó con injerto óseo, que se colocó al fondo.

El reclamante comenzó rehabilitación el día siguiente a la intervención. Se apreció importante dismetría que se puso en conocimiento del traumatólogo que explicó que era pronto para mensuración. Propuso trabajar la deambulación y posterior valoración en consulta al alta.

El 24 de septiembre, el interesado recibió el alta hospitalaria.

En la revisión de 3 de noviembre de 2017, el reclamante refirió dolor anterior de rodilla. Se anotó que se observaba que caminaba en flexo y que eso aumentaba la presión en la rótula. Además, se apreció una dismetría que parecía mayor de 2 cm, por lo que se pidió radiografía de mensuración.

El 23 de noviembre de 2017, el reclamante acudió a revisión. El interesado presentaba mucho dolor en la rodilla y en la columna y

continuaba caminando en flexo, con cojera. En la radiografía de mensuración (radiografía rotada), se objetiva diferencia de longitud de tibia de 3 cm (más larga el izquierdo). Se anotó que el reclamante no quería cirugía en ese momento y que se propuso alza de 4 cm en lado izquierdo. Se pautó revisión con EMG de glúteo y Rx mensuración de miembros y columna total con alza. Consta que se explicó que la solución definitiva sería quirúrgica y que se derivó al reclamante al Servicio de Rehabilitación para mejoría del flexo de rodilla y del dolor.

En la revisión de 10 de enero de 2018 del Servicio de Rehabilitación se constató que persistía el dolor en la rodilla derecha, en relación al flexo, que aumenta al caminar y que utilizaba alza de 3,5 cm en el pie izquierdo. Se anotó una dismetría desde ombligo a maléolo derecho de 98,5 cm y a maléolo izquierdo 94,5 cm y dismetría por confrontación 4,5 más larga derecha. El reclamante en ese momento corregía prácticamente el flexo con 5 cm de alza, pero la báscula pélvica en la marcha seguía existiendo.

El 28 de marzo de 2018, el interesado acude a nueva revisión del Servicio de Rehabilitación. Se anotó una evolución favorable. No refería dolor ni en la rodilla ni en la cadera y parecía haber disminuido la dismetría (0,5-1cm).

El reclamante recibió el alta de Rehabilitación el 23 de abril de 2018. Se anotó que el reclamante utilizaba 5 cm de alza en el pie izquierdo para compensar dismetría y que ya no refería dolor en la rodilla contralateral. Consta que el interesado estaba trabajando, muchas horas al día y apenas tenía tiempo para ejercicios. Al alta se aconsejó analgesia en caso de dolor y ejercicios de fortalecimiento de glúteo medio, según posibilidades.

Según la documentación aportada por el interesado, el reclamante permaneció de baja laboral desde el 21 de septiembre de 2017 hasta el 4 de abril de 2018.

El 21 de junio de 2018, el reclamante acudió a consulta de Psiquiatría por un trastorno de adaptación con sintomatología ansioso-depresiva. Se anotó que tras una operación de cadera había sufrido una dismetría que había afectado a todos los ámbitos de su vida con una gran disminución de la calidad.

El reclamante acudió a revisión del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica el 25 de junio de 2018. El interesado continuaba clínicamente igual. Se ajustó la medicación y se pautó revisión para después del verano. También se entregó informe para que solicitara el reconocimiento de discapacidad.

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 reclamante y al Hospital General de Villalba, en cuanto centro concertado con la Comunidad de Madrid.

El 21 de septiembre de 2018 el Hospital General de Villalba remitió la historia clínica del interesado y el informe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del centro hospitalario (folios 157 a 536).

En el informe del citado servicio se aclara que la dismetría de miembros interiores es una de las complicaciones más frecuentes de la artroplastia total de cadera, habiéndose descrito tasas muy variables en la literatura médica, en rangos tan amplios como del 16% al 96%.

Señala que es importante distinguir en el caso de las dismetrías de miembros inferiores, la dismetría real, la aparente y la percibida y que, en muchos casos, la dismetría que aparece en un paciente que ha sido sometido a una artroplastia total de cadera es mixta. En el caso del reclamante, el informe detalla que el hecho de que el paciente utilice un alza de 5 cm no supone que la dismetría real tenga esa medida.

El informe señala que no es cierto que la información que recibió el reclamante fuera la proporcionada, exclusivamente, por el documento de consentimiento informado, pues sostiene que antes de la cirugía, verbalmente y de forma comprensible y adecuada, se ofreció al paciente toda la información disponible sobre la intervención y entendió la misma, así como sus riesgos y complicaciones; y, por este motivo, a continuación, se le entregó el consentimiento informado que hace constar la posibilidad de hipermetría como una consecuencia segura del procedimiento

Añade que la realización de una mensuración de miembros interiores previa a la cirugía es recomendable, aunque no obligatoria y el reclamante tenía una radiografía de la pelvis de 30 de noviembre de 2016 sobre la que se pudo realizar la planificación quirúrgica.

Además, subraya que el reclamante ha sido valorado y tratado en las consultas correspondientes, realizándose un correcto seguimiento y un tratamiento rehabilitador que ha mejorado su situación.

Consta también en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria que, tras analizar la historia clínica del interesado y el informe emitido por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica así como realizar las oportunas consideraciones médicas, concluyó que es cierto que la dismetría es una complicación frecuente en la artroplastia de cadera y que al reclamante se le informó, y así consta en el documento de consentimiento informado, pero en ningún sitio

habla de una dismetría real de 4 cm, ya que la posible dismetría postquirúrgica no suele ser superior a 1 cm. Añade que también es cierto que la medición prequirúrgica no es preceptiva, pero si es muy recomendable; de hecho, considera que la planificación quirúrgica sobre una radiografía de caderas de 9 meses anteriores, no parece que fuera la más correcta, dada la importante dismetría producida. Por último, la Inspección Sanitaria considera que la dismetría funcional se ha corregido con fisioterapia, pero no se ha podido corregir la dismetría real, lo que le supone al reclamante un alza en el zapato de 5 cm, cojera y un trastorno adaptativo, además de tener que soportar una nueva intervención quirúrgica si presenta molestias progresivas.

El 21 de febrero de 2020 emitió nuevo informe el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital General de Villalba, en el que señala que en ningún lugar del consentimiento se hace referencia a una dismetría de 4 cm porque no se menciona la magnitud de las posibles dismetrías, pero sí que queda claro que es una de las complicaciones más frecuentes en dicha cirugía, como así se expresa en el apartado de “consecuencias seguras”. Incide en que la medición de la longitud total de los miembros inferiores prequirúrgica no es obligatoria, ni se realiza sistemáticamente en la mayoría de los centros, por lo que no considera que su falta sea negligente ni la causa única de un mal resultado, pues además según señala existen otros muchos casos en la bibliografía o en su propia casuística con buen resultado sin necesidad de mensuración previa. Añade que la dismetría funcional aún tiene margen de corrección con fisioterapia y que el alza de 5 cm que utiliza el paciente sobrecorrige la dismetría.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia al interesado y al centro hospitalario.

Consta en el expediente que el Hospital General de Villalba formuló alegaciones en las que sostuvo que la actuación del centro

hospitalario fue conforme a la *lex artis* con fundamento en los informes del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica, implicado en el proceso asistencial del reclamante.

También formuló alegaciones el interesado que, con base a lo informado por la Inspección Sanitaria consideró que la Administración reconocía que una dismetría de tal tamaño (5 cm) era algo inexcusable, desproporcionado, completamente alejado de la buena praxis, pues como indica el inspector, sería entendible que la dismetría fuera de aproximadamente 1cm, pero, en este caso, lo quintuplica. Incidió en que el hecho de que no realizar una medición quirúrgica y de no planear con el suficiente detalle la intervención, causó un daño corporal que el paciente no tenía el deber de soportar.

Finalmente, el 25 de mayo de 2021 se formuló propuesta de resolución en la que se estimaba parcialmente la reclamación al entender que, la dismetría, aun siendo un riesgo probable, no lo era en esa dimensión, y, por tanto, el reclamante no tenía obligación jurídica de soportar tal consecuencia, reconociendo una indemnización de 29.452,25 euros,

CUARTO.- El 10 de mayo 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 217/21 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 9 de junio de 2021.

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.

El 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 asistencia sanitaria reprochada.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria se prestó por el Hospital General de Villalba, en virtud del concierto suscrito con la Comunidad de Madrid. Como hemos dicho reiteradamente, 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. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y el más reciente 13/15, de 21 de enero) y ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (Dictámenes 112/16, de 20 de mayo, 203/17, de 18 de mayo y 107/18, de 8 de marzo) asumiendo la 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 8^a) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 9^a).

Debe tenerse en cuenta que actualmente, tras la derogación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), no existe un precepto equivalente a la disposición adicional duodécima de la citada norma. No obstante, se ha de considerar lo resuelto por la Sentencia de 22 de mayo de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (recurso de apelación 69/2019) al declarar:

“Lo más decisivo es que la gestión indirecta del servicio público de salud mediante un contrato público de gestión de servicios no elimina la responsabilidad directa del titular del servicio público que sigue siendo garante y responsable del funcionamiento del servicio en relación con los daños y perjuicios causados al perjudicado y beneficiario del mismo sin perjuicio de repetir contra el centro sanitario subcontratado cuya responsabilidad solidaria puede ser declarada por la Administración en el mismo proceso”

administrativo de responsabilidad patrimonial (STS 20 noviembre 2018 168517).

No se trata sólo de la ejecución de un contrato administrativo por un contratista que perjudica a un tercero que ninguna relación jurídica tenía con la Administración contratante. La responsabilidad patrimonial se origina por la prestación de un servicio público por un particular, pero por cuenta y encargo de la Administración a quien le viene obligada su prestación y no se le exime de responsabilidad ya que se enjuicia el servicio público mismo con independencia de quien lo preste”.

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, el reclamante denuncia la mala praxis que en su opinión se produjo en la cirugía realizada el 21 de septiembre de 2017, de la que recibió el alta hospitalaria tres días más tarde, por lo que cabe entender formulada en plazo legal la reclamación presentada el 14 de junio de 2018, con independencia de la fecha de la curación o de determinación de las secuelas.

En cuanto al procedimiento, de acuerdo con el artículo 81 de la LPAC, se recabó el informe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital General de Villalba, implicado en el proceso asistencial del interesado. También ha emitido informe la Inspección Sanitaria y se ha conferido el correspondiente trámite de audiencia al 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, el reclamante reprocha haber sufrido una gran dismetría por hipermetría como consecuencia de la cirugía de prótesis total de cadera realizada en el Hospital General de Villalba. El interesado

entiende que ha sufrido un daño desproporcionado, pues, aunque la dismetría puede ser una complicación posible de la cirugía, no lo es en la proporción que la sufrió el reclamante y que le obliga a llevar un alza de 5 cm. Sostiene que dicho daño se debió a la falta de realización de una mensuración quirúrgica y a la ausencia de una adecuada planificación de la cirugía. Además, reprocha falta de información previa a la cirugía sobre la complicación posteriormente sufrida.

Como es sabido, constituye 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. Ahora bien, si esta es la regla general, en determinadas ocasiones la jurisprudencia admite la inversión de la carga de la prueba, como es el caso de que, como consecuencia de la asistencia sanitaria, se haya producido un daño desproporcionado, en el que existe una presunción de prestación sanitaria contraria a la *lex artis* que corresponde a los servicios médicos destruir mediante la aportación de la pertinente prueba.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 (recurso 2822/2014) resume los requisitos de esta figura de daño desproporcionado, tal y como la ha configurado la jurisprudencia contencioso-administrativa:

«La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" significa lo siguiente:

1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por

ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción- ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado».

En el presente caso, las afirmaciones del reclamante resultan corroboradas por la Inspección Sanitaria, que sostiene en el juicio crítico de su informe que, si bien es cierto que la dismetría es una complicación posible de la cirugía a la que se sometió el interesado, sin embargo, solo una dismetría inferior a 1 cm se considera aceptable. En el caso del interesado, la Inspección Sanitaria entiende que ha sufrido una dismetría que excede lo que se puede considerar razonable. Así explica que el reclamante padece una dismetría de tipo mixto: real y

funcional. La primera se debe a diferencias estructuras esqueléticas y la segunda a factores funcionales, como pueden ser las contracturas musculares. Según la Inspección Sanitaria el tratamiento rehabilitador ha conseguido mejorar la dismetría funcional en 0,5-1 cm, sin embargo, se ha mantenido la dismetría real en 4 cm, lo que conlleva, en sus propias palabras, que el interesado tenga que portar un alza de 5 cm y que sufra cojera y un trastorno adaptativo, además de tener que soportar una nueva cirugía en el caso de que persistan las molestias que padece.

En estas circunstancias, corresponde a la Administración dar una explicación razonable de lo sucedido, en virtud, como hemos dicho, del principio de facilidad y proximidad probatoria, porque la doctrina del daño desproporcionado hace responder a la Administración cuando se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, salvo que acredite que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación.

En esa hipótesis de daño desproporcionado únicamente no es posible aplicar dicha doctrina cuando el resultado se presenta como una opción posible (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012, RC 6710/2010); cuando dicho resultado constituye un riesgo propio de la intervención médica en un porcentaje considerable (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011, RC 1773/2009), y cuando existe actividad probatoria que llega a convencer al órgano judicial respecto a cómo se ha producido tal resultado (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2012, RC 772/2012).

En este caso cabe considerar que el Hospital General de Villalba, a través del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica, implicado en el proceso asistencial del interesado, no ha ofrecido una explicación

científica razonable de lo sucedido que pudiera exonerar su responsabilidad conforme a lo anteriormente expuesto. En efecto, los informes emitidos por dicho servicio pretenden descargar su responsabilidad con el argumento de que la dismetría es una complicación posible de la cirugía a la que se sometió el reclamante, cuestión que como hemos visto no resulta controvertida, si bien no explica porque en el caso del interesado dicha dismetría alcanza una magnitud superior a la que el propio informe del servicio implicado considera aceptable, que es la de 1 cm. Tampoco proporciona ninguna aclaración sobre el modo en que se llevó a cabo la planificación de la cirugía, y como pudo realizarla contando con una radiografía de 9 meses previa a la intervención, teniendo en cuenta que la Inspección Sanitaria considera que no es en modo alguno correcto realizar dicha programación sobre una radiografía hecha con dicha antelación.

Con estos datos, puesto que no se ha negado la relación de causalidad entre la cirugía y la dismetría sufrida por el interesado, que dicha dismetría alcanzó niveles superiores a los que se pueden considerar aceptable, y que no se ha aportado por la Administración Sanitaria una explicación razonable de la asistencia médica prestada que explique cómo la realización tal intervención haya producido tal daño inusitado, hemos de concluir que estamos ante un daño desproporcionado.

Ante la ausencia de una explicación razonable por parte de la Administración Sanitaria ante un daño que excede de lo común en este tipo de cirugías, como afirma la Inspección Sanitaria en su informe, no podemos considerar más que al reclamante se le ha causado un daño desproporcionado, anormal para este tipo de intervenciones.

No obstante, debemos descartar el defecto de información que invoca el interesado pues el documento de consentimiento informado que firmó con carácter previo a la cirugía de prótesis total de cadera

puede considerarse completo en cuanto que recoge el procedimiento y sus riesgos y complicaciones, entre los que se incluye como “consecuencia segura” la dismetría al recoger como posible “*el alargamiento o el acortamiento de los huesos y secundariamente el miembro intervenido*”, si bien lógicamente no puede contemplar una dismetría de la magnitud que sufrió el reclamante, pues como hemos venido señalando constituye algo inusual en este tipo de intervenciones. En este sentido cabe recordar que el documento de consentimiento informado “*no debe abarcar todos los posibles resultados lesivos que pudieran derivarse de la intervención sino los riesgos específicos y probables según el estado de la ciencia*” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de junio de 2010).

QUINTA.- Procede emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

A estos efectos se ha de tener en cuenta, con carácter orientativo, el baremo establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (en adelante, Ley 35/2015), de conformidad con lo establecido en el apartado 10 de su disposición transitoria, de aplicación al presente caso al haber ocurridos los hechos con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley.

En el escrito de reclamación, el interesado ha fijado una indemnización de 73.641,16 euros, desglosada en los siguientes conceptos:

A. Daños por secuelas, 54.321,26 euros, en base a:

1. Perjuicio personal básico.

•Dismetria por hipermetria del miembro inferior derecho de 5 cm...15 puntos.

•Flexo de rodilla derecha...5 puntos.

Total...24.642,08 euros

•Perjuicio estetico medio...14 puntos.

Total, por perjuicio personal basico...39.321,26 euros

2. Perjuicio personal particular:

•Perjuicio moral por perdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas, moderado...15.000 euros.

B. Lesiones temporales, 17.319,90 euros, en base a:

1. Perjuicio personal particular,

- Estancia hospitalaria grave, 3 días x 75 euros...225 euros.

- Baja moderada, 193 días x 52 euros ...10.036 euros.

2. Perjuicio patrimonial,

- 4 alzas por año...7.058,90 euros.

Por su parte la propuesta de resolucion, desconocemos si en base a algún informe pericial que no se ha incorporado al procedimiento, fija la indemnización en 29.452,25 euros, en base a los siguientes conceptos:

Lesiones temporales:

- 120 días de perjuicio personal particular moderado x 54,30 = 6.516 euros.

Secuelas:

- Funcionales (Perjuicio Personal Básico): 15 puntos por dismetría en el miembro inferior derecho, 16.936,25 euros.
- Perjuicio moral por pérdida calidad de vida (Perjuicio Personal Particular): leve, 6.000 euros.

Contrastadas ambas valoraciones con los datos que obran en la historia clínica cabe considerar, en cuanto a las secuelas reclamadas, que deben reconocerse ambas, tanto la relativa a la dismetría por hipermetría del miembro inferior derecho, que ambas estimaciones fijan en 15 puntos, como la de flexo de rodilla derecha, valorada en 5 puntos por el reclamante, ya que el hecho de que la misma se vea corregida por el uso del alza, como recoge la propuesta de resolución y se plasma en el evolutivo de Rehabilitación, no excluye la existencia de dicha secuela. Por lo expuesto, correspondería por este concepto una indemnización de 24.642,08 euros.

En cuanto al perjuicio estético, que el interesado califica como medio y que la propuesta de resolución excluye, consideramos que debe reconocerse, pues en el evolutivo se refleja que persiste la cojera a pesar de la rehabilitación y el alza, si bien entendemos que debe estimarse como moderado, pues no resulta acreditado que estemos ante una cojera relevante a los efectos de los dispuesto en el artículo 102 de la Ley 35/2015. Por tanto, considerando 7 puntos por el perjuicio estético moderado, le correspondería una indemnización de 6.136,17 euros por este concepto.

Por lo que atañe al perjuicio moral por pérdida de calidad de vida, que el interesado califica como moderado, coincidimos con la propuesta de resolución que dicho perjuicio debe calificarse como leve, al superar las secuelas funcionales 6 puntos, a tenor de lo dispuesto en los artículos 107 y 108 de la ley 35/2015, pues según resulta de la historia clínica el interesado sigue desarrollando su actividad profesional como pescadero, sin que conste se vea limitada por la hipermetría compensada con alza, lo que al contrario permitiría calificar dicho perjuicio como moderado. Por este concepto cabe reconocer una indemnización de 6.000 euros.

En lo que respecta al periodo de lesiones temporales, entendemos que no procede la indemnización de los días de hospitalización tras la intervención pues no consta acreditado que dicho periodo de hospitalización haya resultado superior al que resulta habitual por la cirugía de prótesis de cadera.

En cuanto a los días por perjuicio personal particular, ambas valoraciones coinciden en calificarlo como moderado, si bien discrepan en la consideración de los días a tener en cuenta que, para la propuesta de resolución son 120 días, mientras que para el reclamante son 193 días que coinciden con el periodo de baja laboral. Si bien es cierto que la valoración del reclamante coincide con lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley 35/2015, según el cual, el perjuicio moderado es aquel en el que el lesionado pierde temporalmente la capacidad para realizar una parte relevante de las actividades específicas de desarrollo personal, entre las que el artículo 54 incluye el trabajo y el artículo 108 equipara la incapacidad laboral con el perjuicio moderado, lo cierto es que también debe tenerse en cuenta que la cirugía de prótesis total de cadera lleva aparejado un periodo de recuperación, aunque no tenga complicaciones, por lo que parece razonable no atender a todo el periodo reclamado sino al tiempo que precisó rehabilitación para la recuperación de la complicación sufrida que cabe reconocer en 120

días como hace la propuesta de resolución. Por lo tanto, por este concepto corresponde una indemnización de 6.516 euros.

Por último, en cuanto al perjuicio patrimonial por la necesidad de alzas ortopédicas en el futuro, el reclamante calcula un importe de 7.058,90 euros, en base a unos conceptos que no resultan especificados en su escrito de reclamación y que impiden realizar una valoración de los mismos. Por otro lado, dichas alzas podrían no ser necesarias en el futuro al estar prevista la cirugía para la corrección de la complicación y en todo caso se trata de un gasto cubierto por el Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con lo establecido en el anexo VI del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud. Por tanto, entendemos que no cabe reconocer indemnización por este concepto.

En definitiva, por todos los conceptos indemnizatorios corresponde al interesado una indemnización de 43.294,25 euros, cantidad que deberá ser actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer una indemnización de 43.294,25 euros, cantidad que deberá actualizarse a la fecha que se ponga fin al procedimiento.

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 9 de junio de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 265/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid