

Dictamen n.º: **40/21**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **02.02.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 2 de febrero de 2021, aprobado por unanimidad, 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 sufridos que atribuye a la cirugía por fractura periplaca del radio izquierdo en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 23 de julio de 2018 el interesado antes citado formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la cirugía realizada el 1 de marzo de 2017, en el Hospital Universitario 12 de Octubre, por una fractura periplaca de la diáfisis distal del radio.

El reclamante expone que en la mencionada cirugía se produjo una extracción muy dificultosa del material de osteosíntesis, intentándose la referida extracción con diversos instrumentos: destornillador, escoplo, broca, fresa y sierra. Añade que el propio equipo quirúrgico hizo constar en el protocolo de la cirugía la lesión de

tres nervios, lo que en opinión del interesado se produjo por las maniobras de excesiva brusquedad que se realizaron para la extracción del material, por no utilizar los medios adecuados a tal fin y por la larga duración de la cirugía, entre 6 o 7 horas, muy superior al que entiende que es habitual en las intervenciones de recambio de material de osteosíntesis. Incide en que en este tipo de cirugías se puede producir una lesión nerviosa (5,6% de probabilidad) o una lesión tendinosa en un tendón flexor (hasta un 16,7% de probabilidad) pero prácticamente no se conoce la aparición de una lesión conjunta y menos aún que se produzcan tres lesiones como en su caso. En definitiva, el reclamante considera que en su caso se ha producido un daño desproporcionado y una pérdida de oportunidad.

Según expone el interesado, el consentimiento informado de la cirugía no explica la técnica a realizar, no expone si los riesgos que contempla son habituales, frecuentes o raros y recalca que ese documento no puede considerarse una patente de corso para las negligencias sanitarias.

Por lo expuesto, el reclamante solicita una indemnización de 209.806,62 euros, en atención a las secuelas neurológicas y psicológicas, el perjuicio estético, el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida, el lucro cesante y el perjuicio personal temporal hasta la determinación de las secuelas.

El escrito de reclamación se acompaña con diversa documentación médica relativa al interesado, los partes de baja por incapacidad temporal y un informe pericial elaborado por un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología (folios 1 a 110 del expediente).

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

El reclamante, de 38 años en el momento de los hechos, acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario 12 de Octubre el día 26 de febrero de 2017 *“por dolor en antebrazo mientras jugaba al pádel”*. Tras las pruebas radiológicas se diagnosticó una fractura periimplante del radio distal izquierdo. Se pautó férula volar antebraquial, reposo relativo y mano en alto y cita en el Servicio de Anestesia y en el Servicio de Traumatología.

El 27 de febrero de 2017 el reclamante firma el documento de consentimiento informado para intervención de Traumatología y Cirugía Ortopédica por el diagnóstico de *“fractura periplaca antebrazo (radio) izquierdo”*. En el apartado de tratamiento propuesto consta “RAFI” que son las siglas correspondientes a *“reducción abierta y fijación interna”*. En el documento se describen las complicaciones generales, inherentes a cualquier tipo de cirugía, tales como enfermedad tromboembólica, cardio-pulmonares, gastrointestinales, infecciosas... y escritas a mano figuran la infección, el síndrome compartimental, la pseudoartrosis, la pérdida de movilidad, la rigidez, el dolor cardíaco, la lesión nerviosa, la lesión tendinosa o el síndrome de Sudeck. En esa misma fecha el interesado firma el documento de consentimiento informado para la anestesia.

El 1 de marzo de 2017 el interesado ingresa en el Hospital Universitario 12 de Octubre para el tratamiento quirúrgico de fractura periplaca de radio distal izquierdo. En el protocolo quirúrgico consta que se realiza abordaje volar sobre incisión previa. Figura extracción dificultosa de material de osteosíntesis (placa DVR de radio distal izquierdo). Se intenta extracción con diferentes instrumentos (destornillador, escoplo, broca, fresa y sierra) y materiales de extracción. Finalmente, extracción de placa con retención intraósea de parte de los tornillos. Tras la extracción de la placa se objetiva intraoperatoriamente, lesión completa del flexor largo del pulgar,

parcial (aproximadamente el 80%) del flexor radial del carpo y completa del nervio mediano. Se avisa al Servicio de Cirugía Plástica que acude para valorar lesión de partes blandas y que realiza sutura del nervio mediano, del flexor largo del pulgar y del flexor radial del carpo.

El interesado presenta una evolución satisfactoria tanto desde el punto de vista algésico como de heridas quirúrgicas, aunque con parestesias de nervio mediano. Tras la realización de cura el 3 de marzo de 2017 se decide el alta hospitalaria.

El interesado acude a revisiones postquirúrgicas a partir del 4 de abril de 2017. Consta que en la revisión del 18 de abril se pautan 15 sesiones de rehabilitación con el fin de progresar en destreza manipulativa, pinza, puño y garra. El 10 de julio de 2017 el interesado acude a revisión tras haber finalizado el tratamiento rehabilitador, refiriendo mejoría de la movilidad y acorchamiento. Se anota la excelente funcionalidad para el tiempo transcurrido, puño completo, pinza completa con fuerza, hipoestesia del nervio mediano de la mano y dedos, dificultad para abotonar camisa y abrochar cordones. Se renueva el tratamiento rehabilitador.

En la revisión de 20 de septiembre de 2017 por el Servicio de Cirugía Plástica se anota que la evolución ha sido favorable, con recuperación total de la flexión del flexor largo del pulgar y del flexor radial del carpo y mejoría a nivel de movilidad para pinza digital únicamente con 5º dedo y problemas para la oposición de primer radio (limitación parcial) pero puede realizar pinza digital con el resto de dedos. Se escribe que en ese momento el reclamante continúa con rehabilitación, pero es previsible que existan secuelas permanentes debido a la gravedad de la lesión inicial.

El 20 de febrero de 2018 se realiza EMG con el resultado de *“lesión de nervio mediano izquierdo en la muñeca con carácter de*

axonotmesis incompleta motora y completa sensitiva. Dado el tiempo transcurrido no es de esperar reinervación posterior”.

El 15 de marzo de 2018 el interesado acude a la revisión del Servicio de Rehabilitación. Se anota que el reclamante ha finalizado el último ciclo de tratamiento, está mejor, pero persiste la alteración sensitiva. A la exploración la cicatriz presenta buen aspecto; balance articular: hombro bien, codo con limitación en los últimos grados y pasivamente cede poco en todos los recorridos y en la mano, puño, garra y pinzas bien. Hipoestesia en el territorio mediano. El reclamante continuó recibiendo tratamiento rehabilitador hasta el 12 de julio de 2018.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del reclamante del Hospital Universitario 12 de Octubre (folios 191 a 239 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente el informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del referido centro hospitalario en el que se indica que los medios empleados en la cirugía son los que se usan en cualquier servicio de esa especialidad y que el suyo es de gran prestigio nacional e internacional por la abundancia y complejidad de los casos que tratan. Subraya que los medios que cita el reclamante (las fresas con motores de alta velocidad), de los que también disponen, que pueden ser o no necesarias, pero que tampoco aseguran la extracción del material con facilidad. Añade que se produjo una única lesión neurológica, la del nervio mediano y que las otras dos

fueron lesiones tendinosas. Concluye que el interesado sufrió *“una lamentable y muy infrecuente complicación debida a un accidente durante la extracción dificultosa de un material de osteosíntesis que era obligado por una fractura en la vecindad del implante; siendo cierto que de la misma complicación han derivado las secuelas neurológicas reseñadas en el último informe del EMG”*.

Asimismo, se ha incorporado el informe del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario 12 de Octubre en el que se da cuenta de su intervención en la cirugía del día 1 de marzo de 2017 cuando fue requerido por el Servicio de Traumatología tras la lesión accidental del interesado y en revisiones posteriores hasta la última del 20 de septiembre de 2017.

Además, se ha incorporado el informe del Servicio de Rehabilitación del referido hospital en el que se expone la asistencia prestada al reclamante por dicho servicio.

Posteriormente emitió informe la Inspección Sanitaria que tras analizar la historia clínica del reclamante y los informes médicos emitidos en el curso del procedimiento, así como realizar las consideraciones médicas oportunas concluyó que no hay evidencias de que la asistencia sanitaria prestada fuera contraria a la *lex artis*.

Tras la incorporación al procedimiento de los informes evacuados y de la historia clínica del reclamante, se confirió el oportuno trámite de audiencia al interesado. No consta en el expediente que el reclamante formulara alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Finalmente se formuló la propuesta de resolución de 17 de diciembre de 2019, en la que se acordó desestimar la reclamación presentada al considerar que la asistencia sanitaria prestada fue correcta y ajustada a la *lex artis*.

Recibido el expediente en esta Comisión Jurídica Asesora, el día 19 de mayo de 2020 el Pleno de este órgano consultivo aprobó el Dictamen 137/20, en el que se concluyó que procedía la retroacción del procedimiento para que se diera respuesta a algunas cuestiones, planteadas por el informe pericial de un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología aportado por el interesado, y que se consideró no habían tenido suficiente contestación en el expediente remitido.

CUARTO.- Tras el Dictamen 137/20, de 19 de mayo, de esta Comisión Jurídica Asesora, se han sustanciado los siguientes trámites:

El día 1 de junio de 2020 emitió informe complementario el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario 12 de Octubre, en el que se da contestación a las cuestiones planteadas por el reclamante y por el informe pericial aportado por el interesado.

En este sentido, el informe discrepa del interesado en la consideración de que se lesionaron tres nervios en la cirugía, pues únicamente se dañó el nervio mediano, y ello no fue por proceder con brusquedad, como afirma el reclamante, sino debido a que la extracción de material de osteosíntesis a veces es muy dificultosa porque se integra en el hueso *y* obliga a maniobras de riesgo, lo que hace también que se prolongue la cirugía. Añade que la lesión de esos “*tres nervios*”, que aduce el interesado habría derivado en una mano absolutamente afuncional, lo que no se da en este caso e incide en que la complicación sufrida en un procedimiento de retirada de material es muy rara, pero también está documentada y que los documentos de consentimiento informado firmados son los validados por la Unidad de Calidad del Hospital y comunes para todos los pacientes. Además, aclara que en la cirugía se utilizaron diferentes instrumentales (“*destornillador. escoplo, broca, fresa, sierra*”), entendiéndose que una

fresa de alta velocidad, que demanda el reclamante, de la que también disponen, no se consideró necesaria y no es instrumental específico para la retirada de material de osteosíntesis.

En relación con el informe pericial aportado por el interesado, el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología responde a la afirmación de que *“los gestos realizados fueron bruscos y que la intervención no se llevó a cabo de una forma protocolizada”*, indicando que evidentemente la intervención fue *“difícil”* del mismo modo que con seguridad fueron necesarios gestos *“bruscos”*, y dice sorprenderse de que un perito considere que *“la intervención no se llevó a cabo de una forma protocolizada”* cuando es bien sabido entre los traumatólogos que la retirada del material de osteosíntesis es una intervención que puede llegar a ser compleja y, en ocasiones, obliga a improvisar. Por este motivo puede no ser protocolizada si deviene en complicada, como fue el caso. Afirma que no existe ningún protocolo en estas circunstancias y todos los traumatólogos se han enfrentado a complicaciones y dificultades en algún tipo de retirada de material de osteosíntesis, sin que se pueda prever con antelación en muchos casos. Incide en estar en desacuerdo con la afirmación de que una fresa con motor de alta velocidad sea necesaria para la retirada del material de osteosíntesis.

El informe manifiesta que las complicaciones acaecidas no son el resultado de una mala praxis, como afirma el informe pericial, sino de un desgraciado accidente motivado por la dificultad en la retirada del material en un espacio como es la muñeca donde las estructuras vásculo-nerviosas y tendinosas están en íntimo contacto con las óseas. Incide en que intervinieron tres cirujanos, dos de ellos expertos destinados en la Unidad de Traumatología de ese servicio *“con mucha más experiencia específica que la que se puede colegir del perito que escribe esta observación, cuya actividad habitual no es la de las extracciones de material de osteosíntesis sino la patología vertebral”*.

Respecto a la bibliografía que cita el perito, el informe dice que en su conjunto no está actualizada, tiene repetidos errores, sólo una hace referencia específica a las complicaciones derivadas de la retirada del material y que se trata de revistas “*con poco valor bibliométrico*”. Por su parte, cita un artículo publicado en 2020 sobre complicaciones de la retirada del material en el miembro superior, en el que se consigna que en alguna serie han alcanzado al 42% de los pacientes *y* que, aunque la mayoría leves, entre 77 complicaciones se describen 2 neurológicas: una neuroapraxia transitoria y un daño neural permanente, que afirma sería una complicación similar a la del reclamante teniendo en cuenta que el daño tendinoso no ha dejado secuelas.

Por último, subraya que el daño, aunque accidental, fue objetivo y muy probablemente dejará algún tipo de secuelas.

Asimismo, se ha recabado un nuevo informe de la Inspección Sanitaria en el que también se da respuesta a las cuestiones planteadas por el informe pericial aportado por el reclamante.

En relación con el desconocimiento que muestra el perito respecto a la primera cirugía del reclamante, indica que se realizó en el año 2007, mediante reducción abierta y osteosíntesis con placa DVR y aguja de Kirschner y en la que, no habiendo existido complicación en la intervención quirúrgica, la movilidad funcional de la mano no se recuperó por completo.

En cuanto a la excesiva duración de la cirugía reprochada por el perito, que habla de “*entre 6 y 7 horas*”, la Inspección rebate con datos extraídos de la historia clínica dicha duración, concluyendo que el tiempo quirúrgico efectivo, sumando las dos intervenciones, fue de 3 horas y 10 minutos.

Por lo que se refiere al abordaje volar, respecto al que el perito considera preferente la vía de Henry, el informe de Inspección afirma que tiene razón en este punto, pero subraya que la elección de la vía quirúrgica de acceso depende, fundamentalmente, de las características y situación de la fractura. Añade que, en cualquier caso, cualquiera de los abordajes, proporciona una adecuada exposición de la superficie volar del radio distal y pueden ser utilizado para la extracción de la placa existente y reducción de la nueva fractura de radio.

En cuanto a la utilización de fresas con motor de alta velocidad y brocas específicas para retirada de material de osteosíntesis, porque el perito considera que en menor tiempo y con mayor eficiencia permiten el corte y extracción de materiales duros salvaguardando y evitando daños en partes blandas, la Inspección explica que, en las intervenciones de extracción de material de osteosíntesis, la dificultad fundamental no radica en la mayor o menor dureza del mismo, sino en otros factores, y en el caso del interesado la placa era de titanio y los implantes de ese material pueden provocar una reacción conocida como fusión fría que conlleva la adherencia ósea al titanio, que dificulta su retirada, y el modo de extracción más habitual es el serrado del implante para posteriormente retirar los tornillos de manera individual. Subraya que tanto la utilización de implantes de titanio como la retirada de los mismos genera controversias, pero, en el caso que nos ocupa, no existía otra alternativa dada la nueva fractura que se había producido en las inmediaciones de la placa previamente implantada.

La Inspección subraya que la mayor parte de las publicaciones aportadas en el informe pericial no guarda relación con la retirada de material de osteosíntesis, sino que tratan sobre intervenciones realizadas para reducción e implante de placas volares en las fracturas distales del radio. Y, el único artículo aportado que hace una revisión

de intervenciones realizadas para retirada de material de osteosíntesis en el extremo distal del radio, no guarda relación con el caso que nos ocupa, pues se refiere a una revisión de 28 pacientes operados, entre los años 2004 y 2009, para retirada de placas volares de radio distal, y en todos los casos la retirada vino motivada por complicaciones producidas por el propio implante y no porque se hubiera producido una nueva fractura, dándose la circunstancia de que el tiempo medio de duración del implante fue de 63 semanas, con un rango de 3 a 223 semanas, mientras que, en el presente caso, el paciente tuvo implantado el material de osteosíntesis casi 10 años. Por otro lado, en el citado artículo, sólo se describen 2 complicaciones, pero, curiosamente, ambas se produjeron en pacientes que tenían implantados placas DVR (del mismo tipo de la que estaba implantada en el caso que nos ocupa) y no se produjo ninguna en los pacientes que tenían implantada otro tipo de placa (hasta 6 diferentes). En todo caso, incide en que las publicaciones relativas a las fracturas periimplante son escasas y en las existentes se incide en que su manejo es especialmente complejo debido a las alteraciones en la anatomía, la presencia de implantes previos y a la osteointegración de los mismos.

El informe concluye ratificando lo expuesto en el anterior de 21 de diciembre de 2018, para subrayar que no hay evidencias de que la asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario 12 de Octubre fuera contraria a la *lex artis*.

Tras la emisión de los anteriores informes, se confirió un nuevo trámite de audiencia al reclamante, que formuló alegaciones incidiendo en que el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología no había respondido a las cuestiones planteadas por el informe pericial de parte e insistiendo en los términos de su reclamación inicial.

Adjuntó un informe complementario emitido por el mismo perito en el que se ratifica en los términos y conclusiones de su informe anterior.

Por último, se ha formulado una nueva propuesta de resolución en la que se desestima la reclamación presentada por el interesado al no haberse acreditado una infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

QUINTO.- El día 21 de diciembre de 2020 tuvo entrada en esta Comisión Jurídico Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 613/20, 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 2 de febrero 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 quince mil euros y por 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, iniciado a instancia del interesado, según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC, al haberse iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por el personal médico del Hospital Universitario 12 de Octubre, centro sanitario integrado en la red asistencial de la Comunidad de Madrid.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.2 LPAC el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas. En el presente caso, el interesado reclama por la cirugía a la que se sometió en el referido centro hospitalario el día 1 de marzo de 2017. Según la documentación médica examinada y la aportada por el reclamante, el interesado recibió tratamiento rehabilitador y permaneció de baja laboral hasta el 3 de mayo de 2018, por lo que cabe entender presentada en plazo la reclamación formulada el 23 de julio de 2018.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la

reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que, inicialmente, en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se emitió informe por el jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, por el jefe del Servicio de Cirugía Plástica y por el jefe del Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario 12 de Octubre. También se incorporó el informe de la Inspección Sanitaria con el resultado expuesto en los antecedentes de este dictamen. De igual modo se confirió trámite de audiencia al reclamante y se formuló la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación formulada. Tras el Dictamen 137/20, de 19 de mayo, de esta Comisión Jurídica Asesora, se ha incorporado al procedimiento un informe complementario del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del referido centro hospitalario, así como de la Inspección Sanitaria. Una vez emitidos los mencionados informes, se confirió un nuevo trámite de audiencia al interesado, que formuló alegaciones y se redactó la propuesta de resolución por la que se desestima 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.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución Española a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la LRJSP completada con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

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, el reclamante dirige su reproche al mal funcionamiento de la Administración Sanitaria pues considera que en la cirugía realizada el 1 de marzo de 2017, en el Hospital Universitario 12 de Octubre, por una fractura periplaca de la diáfisis distal del radio, se produjo la lesión de tres nervios, que atribuye a las

maniobras de excesiva brusquedad realizadas por la extracción del material, a la falta de utilización de medios adecuados y por la larga duración de la cirugía, que sitúa entre 6 o 7 horas. Considera que el que se produjera en la intervención, dicha complicación, es algo muy excepcional, lo que a su juicio revela que se ha producido un daño desproporcionado y una pérdida de oportunidad. A lo dicho, añade que el documento de consentimiento informado de la cirugía no explica la técnica a realizar ni expone si los riesgos que contempla son habituales, frecuentes o raros y que no puede convertirse en una patente de corso para las negligencias sanitarias.

Expuestos en líneas generales los términos de la reclamación formulada, hemos de analizar los reproches del reclamante partiendo de lo que constituye regla general, esto es, que la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama sin perjuicio de que se pueda modular dicha carga en virtud del principio de facilidad probatoria. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2017 (r. 909/2014):

“Este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el

criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra [sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras].”

Es por tanto al reclamante a quien incumbe probar mediante medios idóneos que la asistencia que se le prestó no fue conforme a la *lex artis*, entendiendo por medios probatorios idóneos según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de marzo de 2016 (r. 154/2013) *“las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”*.

Pues bien, en el presente caso el reclamante ha aportado un dictamen pericial de un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología que afirma, en síntesis, que, en el caso del interesado, las complicaciones sufridas son prácticamente excepcionales, por lo que deduce que la actuación no fue la adecuada y que existió un defecto en la realización de la técnica quirúrgica. Por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente y en particular el de la Inspección Sanitaria rechazan que en este caso se haya producido la mala praxis denunciada.

Ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que *“las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)”* y *“no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)”*.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2017 (rec. núm. 395/2014) añade que, para el caso de que existan informes periciales con conclusiones contradictorias, *“es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”*.

En este caso, el informe pericial aportado por el interesado, que ha sido elaborado por un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, especialidad notoriamente relacionada con el problema suscitado, parte de la consideración de que puesto que se ha producido un daño que califica de excepcional, de ello se deriva la

existencia de una mala praxis en la cirugía, lo que enlaza directamente con la calificación del daño como desproporcionado.

Como es sabido, en el supuesto de daño desproporcionado, es doctrina del Tribunal Supremo, (así su Sentencia de 4 de diciembre de 2012), la siguiente:

«La Administración sanitaria debe responder de un “daño o resultado desproporcionado”, ya que este, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla “Anscheinsbeweis” (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la “faute virtuelle” (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado esta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción (sentencias de 19 de septiembre de 2012, recurso de casación 8/2010, 17 de septiembre de 2012, recurso de casación 6.693/2010, 29 de junio de 2011, recurso de casación 2.950/2007 , y 30 de septiembre de 2011, recurso de casación 3.536/2007)».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), recoge un resumen de la teoría del daño desproporcionado señalando lo siguiente:

“El daño desproporcionado tiene lugar en los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención, en conexión con los padecimientos que se tratan de atender. Como se declara en la sentencia de 6 de abril de 2015 (RJ 2015, 1508) (recurso 1508/2013), “La doctrina del daño desproporcionado o “resultado clamoroso” se aplica cuando tal

resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible -por su desproporción- ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuridicidad, cerrándose el paso a la posibilidad de pretextar un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado. De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución”.

En esos casos se ha dicho que la Administración sanitaria está obligada a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2012, recurso de casación 1077/2011).

En esa hipótesis de daño desproporcionado únicamente no es posible aplicar dicha doctrina cuando el resultado se presenta como una opción posible (STS de 2 de enero de 2012, RC 6710/2010), cuando dicho resultado constituye un riesgo propio de la intervención médica en un porcentaje considerable (STS 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 (STS de 2 de noviembre de 2012, RC 772/2012).

En este caso, frente lo afirmado por el informe pericial de parte, los informes médicos emitidos en el curso del procedimiento, en particular, los evacuados con carácter complementario, a solicitud de esta Comisión Jurídica Asesora, descartan la excepcionalidad de daño sufrido por el reclamante. En este sentido, el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología después de descartar que se produjera la lesión de tres nervios durante la cirugía como afirma el reclamante, pues según se confirma en la historia clínica, únicamente

resultó lesionado el nervio mediano, destaca que, si bien nos encontramos con una complicación muy rara, está descrita en la literatura médica y recogida en el documento de consentimiento informado firmado por el interesado. En el mencionado informe se refuta la bibliografía aportada por el informe pericial para apoyar su argumento de excepcionalidad del daño, en cuanto que la considera poco actualizada, con errores y solamente contiene una referencia relativa a la retirada del material. Por el contrario, aporta un artículo publicado recientemente en el año 2020, sobre la retirada del material en el miembro superior, en el que se recoge que en un 42% de los pacientes se produjeron complicaciones, describiéndose 2 neurológicas, similares a la del interesado. También la Inspección Sanitaria incide sobre que se trata de complicaciones posibles en este tipo de cirugías y como tales recogidas en el documento de consentimiento informado de la intervención. Asimismo, la Inspección Sanitaria destaca el escaso valor de la bibliografía aportada en el informe pericial, poniendo especial énfasis en que la mayor parte de las publicaciones no guardan relación con la retirada de material sino que tratan sobre intervenciones realizadas para reducción e implante, y la única relativa a la retirada del material considera que no guarda relación con el caso que nos ocupa, ya que no vienen referidas a nueva fractura, como aquí ocurre, y se trata de pacientes con un tiempo medio de duración del implante de 63 semanas, mientras que en el caso del interesado el material estuvo implantado diez años, con la consiguiente dificultad añadida de extracción, que se hace mayor en placas de titanio como la del interesado, respecto a las que se describen mayores complicaciones en la bibliografía aportada por el informe pericial, como destaca la Inspección Sanitaria. Resulta relevante resaltar que las consideraciones de ambos informes, con cita de bibliográfica actualizada, no ha sido contradichas por el informe pericial complementario aportado por el interesado, que se ha limitado a corroborar sus conclusiones anteriores.

Así las cosas, cabe considerar que la Administración ha dado una explicación científica razonable que nos permite considerar que en este caso no se produjo un daño desproporcionado, ya que según lo informado tanto por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología como por la Inspección Sanitaria, con cita de bibliografía actualizada y relacionada de manera directa con la cirugía realizada, las complicaciones sufridas constituyen un riesgo, aunque poco frecuente, propio de dicha operación y de las características particulares que concurrían en el caso del interesado, lo que se confirma por su mención en el documento de consentimiento informado firmado por el reclamante con carácter previo a la cirugía.

Por otro lado, las alegaciones sobre mala praxis, incluidas en el informe pericial aportado por el reclamante, han encontrado cumplida explicación en los informes médicos emitidos en el procedimiento a raíz del Dictamen 137/20 de esta Comisión Jurídica Asesora.

Así, en primer lugar, dichos informes inciden en que la técnica utilizada fue la correcta, pues, aunque, como explica la Inspección Sanitaria, la vía quirúrgica preferente es la vía de Henry, tal y como demanda el informe pericial de parte, lo cierto es que las otras vías de abordaje, como la que se utilizó en el caso del interesado, también resultan aceptables, pues proporcionan una adecuada exposición de la superficie volar del radio distal.

De igual modo, se explica que las lesiones no vinieron causadas por una defectuosa ejecución de la técnica, sino por la complejidad de la extracción del material de osteosíntesis, que, en este caso, como recoge la Inspección Sanitaria, era especialmente dificultosa, al tratarse de un implante de titanio que además estuvo inserto durante más de 10 años y como explica, los implantes de ese material pueden provocar una reacción conocida como fusión fría que provoca la adherencia ósea al titanio dificultando la extracción. Por ello, detalla el

informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología que la cirugía se hizo especialmente dificultosa, lo que impide además que sea protocolizada, como demanda el informe pericial de parte, pues el traumatólogo en muchas ocasiones se ve obligado a improvisar en función de las complicaciones y dificultades que pueda encontrar en el momento de la retirada del material. Incide en que la cirugía se realizó por dos especialistas del centro hospitalario, de gran experiencia en dicho tipo de intervenciones, que considera muy superior a la del perito informante “*cuya actividad habitual no es la de las extracciones de material de osteosíntesis sino la patología vertebral*”, según indica el informe del servicio implicado en el proceso asistencial del reclamante.

Por otro lado, el reproche relativo al instrumental empleado en la cirugía, también ha encontrado respuesta en los informes incorporados al procedimiento, que rechazan que en este tipo de cirugías sea precisa la fresa a motor de alta velocidad y la broca específica, al no considerarlo un instrumento específico para la retirada del material de osteosíntesis, como sí lo son los otros que se utilizaron, como por ejemplo la sierra, pues en palabras de la Inspección Sanitaria, el modo de extracción más habitual es el serrado del implante.

Asimismo, los informes médicos han desmentido con datos extraídos de la historia clínica que la cirugía se prolongara durante 6 o 7 horas como reprocha el interesado con apoyo en el informe pericial y que ello incidiera en la mala praxis denunciada. Así la Inspección Sanitaria detalla, con los datos que figuran en la hoja quirúrgica, que el tiempo total de cirugía fue de tres horas y 10 minutos, para las dos intervenciones, esto es, la retirada del material de osteosíntesis y la cirugía de reparación que tuvo que realizar el Servicio de Cirugía Plástica como consecuencia de las complicaciones sufridas.

En virtud de todo lo expuesto, cabe considerar que el informe pericial aportado por el interesado resulta insuficiente para acreditar la existencia de una actuación contraria a la *lex artis*. Carece de la necesaria fuerza de convicción exigida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 6 de octubre de 2016 (núm. de rec: 258/2013), convicción que reside, en gran medida, en la fundamentación y coherencia interna de los informes, en la cualificación técnica de sus autores y en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes. En este caso, en una valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, hemos de decantarnos por la mayor fuerza probatoria del informe de la Inspección Sanitaria y no solo por la objetividad que se presume del ejercicio de sus funciones sino por su mayor rigor argumental, complementario de las explicaciones facilitadas por el otro servicio informante.

Por tanto, en línea con lo expresado por la Inspección Sanitaria cabe considerar que no se ha acreditado que la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario 12 de Octubre fuera contraria a la *lex artis* en la cirugía de retirada del material de osteosíntesis realizada en dicho centro hospitalario.

QUINTA.- Resta por analizar el defecto de información alegado por el interesado pues sostiene que el documento de consentimiento informado firmado con carácter previo a la cirugía no ofrece información sobre la técnica a realizar y es insuficiente en cuanto a los riesgos.

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 actualidad 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 el procedimiento de aplicación y los posibles riesgos que se puedan producir (artículo 8.3 de la 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 STC 37/2011, de 28 de marzo.

La Ley 41/2002 distingue entre lo que es la información asistencial relativa a cualquier actuación sanitaria que se dará generalmente de forma verbal –artículo 4- y la exigencia de consentimiento informado –artículo 8- que determina la necesidad de consentimiento libre y voluntario del afectado para toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente y que deberá prestarse por escrito en las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en los procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. En estos casos el consentimiento deberá contener información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos, como antes hemos indicado.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, si bien puede decirse que el documento de consentimiento informado contempla los riesgos que después se materializaron, que aparecen consignados como riesgos

personalizados del reclamante, pues después de recoger los riesgos genéricos de todo cirugía, consigna escritas a mano las complicaciones que pueden producirse en el caso del interesado, sin embargo es preciso destacar que se trata de un modelo genérico para intervenciones del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología que se rellena para la intervención del reclamante y que en el apartado de tratamiento consigna escrito a mano solamente “RAFI”, que por los informes incorporados al procedimiento hemos conocido que significa *“reducción abierta y fijación interna”*, sin que conste una descripción, aunque sea mínima, del procedimiento de aplicación, como exige el citado artículo 8.3 de la Ley 41/2002. No consta tampoco en la historia clínica que la nula información del documento de consentimiento informado en ese punto se completase con información suministrada de forma verbal al interesado en las consultas previas a la cirugía. Como se ha expuesto, los informes, destacan que la cirugía, en caso del interesado, era especialmente dificultosa por la naturaleza del implante y ello podía obligar al equipo médico a realizar determinadas maniobras, por lo que la información sobre la técnica era especialmente relevante en este caso.

Por tanto, el concreto modelo de consentimiento informado que firmó el reclamante no cumple, en el punto destacado, los requisitos exigidos por Ley 41/2002.

Como afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de febrero de 2019 (recurso 671/2017):

“En el ámbito sanitario es de suma importancia la elaboración de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse la finalidad pretendida por la Ley”.

En este caso cabe concluir que hubo una vulneración de la *lex artis*, en concreto de las obligaciones impuestas a los servicios sanitarios por la citada Ley 41/2002. Así pues, esta Comisión considera procedente estimar la reclamación en el indicado punto de la infracción del derecho a la información del reclamante, sin perjuicio de que la actuación médica en sí misma considerada no sea reprochable desde el punto de vista médico.

En estos casos la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo, como hemos señalado reiteradamente [así nuestro Dictamen 165/18, de 12 de abril, en el que se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (recurso 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (recurso 2302/2009)].

En punto a su concreta indemnización, la Sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (P.O. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, y señala que la cuantía debe fijarse *“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”*.

Por ello, esta Comisión, teniendo en cuenta que en este caso sí hubo documento de consentimiento informado que informó sobre los riesgos personalizados del reclamante, pero que se obvió la información relativa al procedimiento, con infracción del artículo 8.3 de la Ley 41/2002 en ese concreto aspecto, valora el daño ocasionado por la falta de información suficiente al interesado en 2.000 euros, cantidad que debe considerarse actualizada.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer al interesado una indemnización ya actualizada de 2.000 euros por vulneración del derecho a la información del reclamante.

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 2 de febrero de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 40/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid