

Dictamen n.º: **230/24**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **09.05.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 9 de mayo de 2024, sobre la consulta formulada por la consejera 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 sufridos que atribuye al retraso en la realización de una intervención quirúrgica para el tratamiento de una fractura de clavícula en el Hospital Universitario de Fuenlabrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de agosto de 2022, la persona mencionada en el encabezamiento presenta un escrito en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), en el que relata que el 20 de febrero de 2017 acudió al Hospital Universitario de Fuenlabrada tras haber sufrido una caída en su domicilio, diagnosticándole una fractura distal de clavícula izquierda. Refiere que le dieron el alta con la recomendación de intervención quirúrgica, si bien, mediante llamada telefónica realizada al día siguiente le comentaron que preferían seguir un tratamiento conservador, aplazando la cirugía, a ver si consolidaba la fractura.

El interesado explica que le mantuvieron 15 meses con dolores insoportables, lo que le llevó a poner una reclamación, porque no experimentaba mejoría, ni movilidad y su situación laboral peligraba. El interesado fue finalmente intervenido el 4 de junio de 2018, si bien reprocha que no le realizaron la intervención indicada, sino otra sin su consentimiento, dejándole secuelas físicas y psíquicas, sin ninguna mejoría.

El reclamante continúa relatando que otro cirujano le propuso una nueva intervención para tratar de solucionar sus problemas o al menos mitigarlos, lo que se realizó el 16 de agosto de 2021, logrando leve mejoría, de modo que el 16 de diciembre de ese mismo año se le comunicó que ya no había más soluciones.

El reclamante reprocha que la falta de realización de la cirugía en la fecha oportuna le ha dejado secuelas que truncan su vida laboral y las actividades básicas de la vida diaria, por lo que reclama una indemnización de 90.000 euros.

El escrito de reclamación se acompaña con copia de los partes de baja y alta por incapacidad temporal y documentación médica del reclamante (folios 1 a 96 del expediente).

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

El reclamante, de 52 años de edad en la fecha de los hechos que se describen en la reclamación, con antecedentes de hipertensión arterial, síndrome de apneas hipopneas del sueño y obesidad, entre otros, acude 20 de febrero de 2017 al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Fuenlabrada por caída casual en la bañera con contusión en hemitórax izquierdo y pie izquierdo, sin pérdida de conocimiento, ni traumatismo craneoencefálico u otras contusiones.

En la exploración se aprecia deformidad en 1/3 medio de clavícula derecha, sin hematoma con leve tumefacción. Piel no amenazada. Dolor y crepitación a la palpación de 1/3 medio de clavícula. Sin dolor ni signo de la tecla a la palpación de la articulación acromioclavicular. Impotencia funcional. Pulsos distales presentes. Exploración neurovascular distal normal. Tobillo izquierdo: mínima tumefacción perimaleolar, molestias a la palpación del ligamento peroneoastragalino anterior, sin dolor a la palpación del resto de eminencias óseas. Sin cajones ni bostezos. Articulación estable.

En la radiografía de tobillo, no se aprecian lesiones ocupantes de espacio y en la radiografía de clavícula, fractura 1/3 medio de clavícula derecha.

Se pauta inmovilización con cabestrillo. Reposo relativo. Hielo local. Tratamiento farmacológico con ibuprofeno y metamizol. Se informa que se presentará el caso al día siguiente en sesión clínica para decidir tratamiento quirúrgico. Se explican las opciones y el reclamante entiende y firma el documento de consentimiento informado para el tratamiento quirúrgico de fractura de extremo distal de clavícula izquierda.

El caso fue presentado en sesión clínica del servicio al día siguiente de su atención en Urgencias y a la vista de la exploración radiográfica se decidió manejo conservador.

En control por el Servicio de Traumatología con radiografía, el 21 de marzo de 2017, muestra signos de consolidación de la fractura.

El 21 de abril de 2017, en consultas externas de Rehabilitación se anota que el reclamante fue remitido desde Traumatología por fractura conminuta 1/3 distal clavícula, sin signo de la tecla. Tratamiento ortopédico. Valoración para mover y magnetoterapia. Se escribe que se

decidió tratamiento conservador, inmovilizado con sling 4 semanas todo el día y posteriormente, solo para dormir. En ese momento, el paciente refiere dolor mecánico, no de reposo y limitación de la movilidad. Toma Nolotil e ibuprofeno a demanda y realiza ejercicios en domicilio pendulares indicados por Traumatología con buena tolerancia. Tras la exploración física, se aprecia limitación funcional de miembro superior izquierdo tras fractura de clavícula tratada con inmovilización 4 semanas. Se pautó continuar con ejercicios indicados por Traumatología. Se cita para cinesiterapia para mejorar recorrido articular y aplicación de magnetoterapia (valorar a diario hasta completar 20 sesiones). Revisión al mes.

En la revisión de 8 de junio de 2017, se anota que, tras el tratamiento con cinesiterapia y magnetoterapia, presenta mejoría progresiva. Realiza los ejercicios en domicilio con buena tolerancia. Persiste dolor mecánico. En tratamiento con paracetamol y Nolotil. En la radiografía, se aprecia falta de consolidación, pero mejor que radiografía previa. Se pauta continuar tratamiento con cinesiterapia para mejorar balance articular según tolere por dolor, mejora balance muscular y aplicación de electroestimulación nerviosa transcutánea. Se suspende magnetoterapia y se pauta revisión en un mes.

En la revisión de 10 de julio de 2017, el hombro izquierdo no muestra signos inflamatorios externos, aunque muestra molestias a la palpación en el foco de fractura. Balance articular: elevación 140° (previo 120°), resto conservados con dolor. Balance muscular 4/5 con dolor en resistidos. Se pauta el alta por mejoría del balance articular. Debe mantener los ejercicios aprendidos en domicilio y evitar cargar peso. Revisión en el mes de septiembre.

El 5 de septiembre de 2017, el reclamante acude a revisión. En la exploración física muestra el hombro izquierdo sin signos inflamatorios externos, molestias a la palpación en el foco de fractura. Balance

articular: elevación/abducción 140-150°, con dolor, si fuerza, referido a foco de fractura, rotaciones funcionales no dolorosas. Balance muscular 4/5 con menos dolor con resistidos. Se pauta mantener ejercicios aprendidos en domicilio. Control en Traumatología.

El 21 de noviembre de 2017, se realiza TC de extremidades superior/inferior sin contraste: se adquieren imágenes en plano axial de la clavícula y articulación glenohumeral y acromioclavicular, izquierdas, con reconstrucciones en planos sagitales y coronales, así como imágenes volumétricas rotacionales. Ausencia de puente óseo en fractura del extremo distal de la clavícula con importante acabalgamiento de los fragmentos. Articulación acromioclavicular con cambios degenerativos y una geoda subcondral en el acromion de 10 mm. Irregularidad y esclerosis de la cortical de tuberosidad mayor y menor de cabeza humeral, en el que podría denotar tendinosis crónica del manguito rotador.

En la revisión de 12 de febrero de 2018, el reclamante se encuentra muy limitado por dolor y movilidad. Limitación de abducción a 90°. Dolor en zona de callo óseo. Se explica la opción de cirugía con injerto y osteosíntesis. Consta una nueva consulta el 15 de febrero en la que se anota que el paciente no está seguro de la cirugía.

En la revisión de 19 de febrero de 2018, el paciente ha pasado por el tribunal médico y el resultado no ha sido satisfactorio, por lo que decide operarse. Se explica que se presentara el caso en sesión clínica para valorar tipo de cirugía: reconstrucción o resección.

Con fecha 20 de marzo de 2018, se presenta el caso en sesión clínica y se decide la extirpación del extremo distal de la clavícula izquierda, asociando la estabilización en caso de detectar intraoperatoriamente inestabilidad del extremo clavicular.

El 27 de marzo de 2018, el reclamante firma el documento de consentimiento informado para osteosíntesis por pseudoartrosis de clavícula izquierda, en el que se describe el procedimiento y los riesgos de la intervención. El 2 de abril de 2018, el interesado firma el documento de consentimiento informado para la anestesia (folios 106 a 114).

El 4 de junio de 2018, se realiza la intervención quirúrgica de clavícula izquierda, con exéresis de fragmento externo de clavícula izquierda, siendo estable el resto de la clavícula. El postoperatorio transcurre sin complicaciones y recibió el alta hospitalaria el 5 de junio.

En la revisión de 19 de marzo de 2019 (9 meses postoperatorio), en la exploración física presenta balance articular limitado en retropulsión y abducción. Signo de tecla ++. Dolor en corredera de bíceps. Cicatrices correctas. Trabaja cogiendo peso y realizando antepulsión y abducción forzadas.

El 5 de septiembre de 2019, se anota el resultado de TC de miembros superiores: luxación del extremo clavicular distal y ha perdido la congruencia con el acromion. RM de hombro izquierdo: tendinosis del supraespinoso con leve bursitis subacromio subdeltoidea. Cambios degenerativos en articulación acromioclavicular.

En la revisión de Traumatología de 17 de septiembre de 2019, el reclamante refiere dolores crónicos en el hombro. Movilidad levemente limitada. Llega a 90° en abducción. Analgesia solo en días de mayor dolor. Se explica la opción de indicaciones de artroscopia, pero con resultados imprevisibles. Pendiente aún de finalizar rehabilitación. Se solicita cita en Unidad de Artroscopia.

En la revisión de Traumatología de 18 de octubre de 2019, el reclamante sigue con mucho dolor. Dolor a la exploración en extremo más externo de la clavícula. A la exploración física no parece una

inestabilidad anteroposterior. En TAC se ve una calcificación justo debajo del fragmento más externo de la clavícula. Se remite a Unidad de Artroscopia.

El 18 de junio de 2020, en la revisión de Traumatología, el reclamante presenta en la exploración, abducción a 100° dolorosa. Dolor a la palpación sobre cara anterior hombro. Presenta probablemente secuelas de cirugía de exegesis fragmento externo clavicular, con persistencia de fragmento infraclavicular. La Unidad del Dolor ha propuesto revisión presencial para valorar tratamientos alternativos. Revisión en septiembre con Rx de control.

En la revisión de Traumatología de 27 de enero de 2021, se anota que el reclamante continúa con dolor en región anterior de hombro y con los movimientos. Abducción activa hasta 100°, antepulsión 90°, rotaciones, interna a nalga, externa casi a cuello. Se explica la posibilidad de cirugía artroscópica para intentar mejorar la movilidad y el dolor del manguito de los rotadores, sin mejorar el dolor que tiene en la cicatriz de la cirugía previa. Se anota que el paciente lo pensará. Se solicita nueva RMN.

El 22 de marzo de 2021, en el Servicio de Traumatología se escribe que, tras realizar RMN, se diagnostica de tendinopatía del tendón de supraespinoso y pequeña rotura focal de la superficie articular en su tercio posterior. Bursitis acromiosubdeltoidea. Cambios artrósicos en articulación acromioclavicular. Se explica la posibilidad de cirugía artroscópica de hombro izquierdo y sutura de manguito, si es posible, así disminuiría el dolor que tiene interno en el hombro izquierdo con los movimientos, o por lo menos, mejoraría. El paciente lo entiende y acepta. Se incluye al reclamante en la lista de espera quirúrgica para artroscopia de hombro izquierdo y sutura de manguito, si es posible.

El 27 de mayo de 2021, el Servicio de Traumatología anota que se cita al paciente de nuevo en dicho servicio para valoración dado que, tras revisar pruebas, no es candidato a la cirugía propuesta.

En la revisión del Servicio de Traumatología de 29 de junio de 2021, se anota que el paciente presenta inestabilidad horizontal de clavícula izquierda. Consta que se explica y el reclamante entiende riesgos y beneficios. Se le incluye en lista de espera quirúrgica para realizar Weaver-Dunn con ligamentoplastia +/- DogBone.

El 16 de agosto de 2021, se realiza intervención quirúrgica mediante Weaver-Dunn artroscópico intraarticular. El postoperatorio transcurre sin complicaciones y recibe el alta hospitalaria el 18 de agosto.

En la revisión de Traumatología de 16 de diciembre de 2021, el reclamante presenta en la exploración, abducción a 90° sin inestabilidad de muñón clavicular. Se pauta rehabilitación 2 veces por semana y revisión en 6 semanas con Rx.

El 28 de enero de 2022, en el Servicio de Traumatología, el reclamante se encuentra en una situación estacionaria. Se explica la limitación funcional como secuela. En ese momento no se plantean nuevas intervenciones quirúrgicas y se recomienda mantener los ejercicios explicados.

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).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del reclamante del Hospital Universitario de Fuenlabrada (folios 99 a 271 del expediente).

Asimismo, consta en el procedimiento el informe de 23 de septiembre de 2022 del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario de Fuenlabrada, que da cuenta de la asistencia prestada al reclamante según los datos que figuran en la historia clínica. Tras analizar la atención médica dispensada, señala que el manejo de las fracturas de clavícula distal (tercio lateral) puede ser desafiante debido a la dificultad para distinguir variaciones sutiles en el patrón de fractura, lo que puede sugerir una posible inestabilidad de la fractura y que pueden tratarse de forma conservadora o quirúrgica, y no existe un estándar de referencia o un consenso en este sentido. El informe explica las razones por las que se adoptó el tratamiento conservador, con apoyo en bibliografía médica, y concluye que el manejo de la lesión se ha ajustado a la práctica clínica de la especialidad y las decisiones respecto al tratamiento fueron planteadas en sesión clínica del servicio y comunicadas al paciente, que ha participado del proceso de información, evolutivo y de todas las decisiones clínicas que se han ido abordando.

Figura también en el procedimiento el informe de 17 de agosto de 2023 de la Inspección Sanitaria que, tras analizar la historia clínica del reclamante y realizar las oportunas consideraciones médicas concluye que la atención médica reprochada fue correcta y acorde con la *lex artis ad hoc*.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia al reclamante. No consta que el interesado formulara alegaciones dentro del trámite conferido al efecto.

Finalmente, el 22 de marzo de 2024, se ha formulado la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no se ha acreditado la infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria reprochada.

CUARTO.- El 27 de marzo de 2024 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el n.º 208/24. La ponencia correspondió 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 mayo de 2024.

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 de la consejera 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, en cuanto que recibió la asistencia sanitaria reprochada.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la atención médica contra la que se dirigen los reproches del reclamante se prestó por el Hospital Universitario de Fuenlabrada, centro sanitario integrado en la red sanitaria pública madrileña.

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 interesado reclama por el retraso en el tratamiento de una fractura de clavícula al que imputa las secuelas que padece. Consta que el reclamante ha sido intervenido quirúrgicamente por dicha patología en dos ocasiones, el 4 de junio de 2018 y el 16 de agosto de 2021, habiéndose constatado la determinación de la secuela de limitación funcional el 28 de enero de 2022, por lo que la reclamación formulada el 8 de agosto de 2022, se ha presentado en el plazo legal.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario de Fuenlabrada, implicado en la asistencia sanitaria reprochada. Además, se ha incorporado el informe de la Inspección Sanitaria y la historia clínica del paciente. Tras la instrucción del expediente se confirió el trámite de audiencia al interesado y,

finalmente, se ha redactado la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad planteada.

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.

Según constante y reiterada jurisprudencia, el sistema de responsabilidad patrimonial presenta las siguientes características: 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.

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.

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 11 de marzo de 2022 (recurso 771/2020), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo,

*«el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar, debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la *lex artis ad hoc*.*

En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria " ... es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en este tipo de

responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" (STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de

causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».

CUARTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta que el reclamante reprocha que hubo un retraso en el tratamiento de la fractura de clavícula que le fue diagnosticada el 20 de febrero de 2017 en el Hospital Universitario de Fuenlabrada, pues la cirugía no se realizó hasta el 4 de junio de 2018. Además, alega que la cirugía realizada no fue aquella para la que había prestado su consentimiento, quedándole secuelas que trataron de paliarse en una nueva intervención realizada el 16 de agosto de 2021, con la que consiguió leve mejoría.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar los reproches enunciados, partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de abril de 2022 (recurso 1079/2019), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, como añade la citada sentencia, *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica”*.

En este caso, el reclamante no ha aportado al procedimiento ninguna prueba que acredite que la asistencia sanitaria no fue conforme a la *lex artis*, sin que sirvan a tal efecto sus afirmaciones. Por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente contrastados con la historia clínica examinada descartan la mala

praxis denunciada. En particular, la Inspección Sanitaria ha considerado que la actuación sanitaria reprochada fue correcta y acorde con la *lex artis ad hoc*. En este punto cabe recordar el especial valor que esta Comisión Jurídica Asesora atribuye a la opinión de la Inspección Sanitaria, pues, tal y como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así su Sentencia de 24 de mayo de 2022 (recurso 786/2020), “*sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del Médico Inspector, y de la coherencia y motivación de su informe*”.

Según resulta de la historia clínica examinada y de los informes médicos que obran en el expediente, el reclamante fue diagnosticado de una fractura de 1/3 distal de clavícula derecha en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Fuenlabrada el 20 de febrero de 2017. El caso fue visto en sesión clínica al día siguiente y a la vista de la exploración radiográfica se decidió manejo conservador (fractura conminuta de extremo distal de clavícula izquierda aparentemente grado I de Neer –fractura distal a la inserción de los ligamentos coracoclaviculares, con mínimo desplazamiento y no afectación de articulación acromio-clavicular-). Según explica el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, las fracturas de clavícula distal pueden tratarse de forma conservadora o quirúrgica, y no existe un estándar de referencia o un consenso en este sentido. La mayoría de las fracturas sin desplazamiento o con desplazamiento mínimo, como era el caso, pueden tratarse con éxito mediante un tratamiento conservador. En el caso de este paciente, dado el grado de conminución de la fractura, el trazo muy distal, la estabilidad del segmento medial de la clavícula y la asociación con obesidad mórbida, se optó por el manejo conservador.

El criterio expuesto respecto al manejo conservador de la fractura resulta avalado por la Inspección Sanitaria que no realiza ninguna objeción a esta opción de tratamiento en el caso analizado. Tras ello, según expone la Inspección Sanitaria y lo corrobora la historia clínica examinada, el reclamante siguió un exhaustivo seguimiento con tratamiento rehabilitador, pruebas complementarias de control y pauta de analgesia de primer escalón. También consta mejoría con las sesiones pautadas de rehabilitación consiguiendo alta en sala el 10 de julio de 2017 por mejoría del balance articular y recomendación de ejercicios en domicilio.

No obstante, y a pesar del manejo adecuado de la fractura que constatan los informes médicos que obran en el procedimiento, la lesión no evolucionó de la manera deseada, apreciándose una pseudoartrosis, que es una complicación posible de dicha lesión, de ahí que en la revisión de febrero de 2018 se plantease la opción quirúrgica, que, como resulta de los antecedentes expuestos, el reclamante en principio no aceptó. Una vez aceptada la cirugía, consta acreditado en la historia clínica que, en la consulta de Traumatología, el paciente fue informado sobre las posibilidades de tratamiento, barajándose la posibilidad de osteosíntesis con aporte de injerto o la resección del fragmento distal de la fractura y la estabilización del extremo de la clavícula en caso de detectar inestabilidad intraoperatoria (consulta de 19 de febrero de 2018). Se presentó de nuevo el caso en sesión clínica del servicio el 20 de febrero de 2018 y se decidió la segunda opción, lo que se comunicó al paciente, según consta en la historia clínica examinada, en la consulta de 27 de marzo de 2018. Consta que durante la cirugía no se detectó inestabilidad del resto clavicular por lo que no se asoció ningún procedimiento de estabilización.

Según resulta de los informes médicos que obran en el procedimiento, aunque la cirugía se realizó de forma correcta, la

evolución de la lesión no fue la adecuada y el reclamante continuó con sintomatología, y aunque no se detectó inestabilidad en cuanto a ascenso del extremo clavicular, sí desarrolló una inestabilidad en sentido antero-posterior. Esta situación junto a los datos de posibilidad de lesión del manguito rotador proporcionado por las pruebas complementarias realizadas (RM y TC), hizo plantearse la revisión artroscópica del hombro, en la cual no se objetivó rotura de manguito o lesiones del tendón de la porción larga del bíceps, pero si se observó la presencia de un “*os acromiale*” inestable (lesión morfológica respecto a la osificación del acromion y no atribuible al traumatismo), asociada a la inestabilidad del extremo clavicular por lo que se realizó en agosto de 2021 un doble procedimiento de estabilización (plastia reforzada de los ligamentos coraco-claviculares y plastia con ligamento coraco-acromial). Tras ello el paciente ha presentado mejoría clínica, pero persisten molestias y dolor en hombro asociado a limitación funcional.

Los informes médicos coinciden en destacar que el manejo de la lesión fue acorde a la práctica clínica y que las complicaciones sufridas son propias de la evolución de la patología, así como de las intervenciones quirúrgicas a las que se sometió el paciente, sin que mediara mala praxis en ninguna de ellas, y a esta conclusión debemos atender a falta de otra prueba aportada por el interesado.

En definitiva, a la luz de los informes médicos que obran en el expediente, cabe considerar que no se ha acreditado que concurriría mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada al reclamante en el Hospital Universitario de Fuenlabrada.

QUINTA.- Resta por analizar el defecto de información alegado por el interesado respecto a la cirugía realizada el 4 de junio de 2018 de exéresis de fragmento externo de clavícula izquierda.

En este punto cabe recordar que esta Comisión Jurídica Asesora viene resaltando en sus dictámenes (por todos, el 54/18, de 8 de

febrero), que la necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, viene impuesta legalmente en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En concreto, el artículo 8 de la misma Ley dispone sobre el consentimiento informado que *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”* y, en su apartado segundo que *“el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*.

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 ha considerado el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

En este caso resulta de la historia clínica examinada, como hemos visto, que en la revisión de febrero de 2018 se planteó al interesado la opción quirúrgica, y que una vez aceptada la cirugía, pues el reclamante inicialmente se mostró dubitativo sobre la posibilidad de someterse a intervención quirúrgica, el paciente fue informado sobre las posibilidades de tratamiento, barajándose la posibilidad de

osteosíntesis con aporte de injerto o la resección del fragmento distal de la fractura y la estabilización del extremo de la clavícula en caso de detectar inestabilidad intraoperatoria (consulta de 19 de febrero de 2018). Si bien una vez presentado el caso en sesión clínica del servicio el 20 de febrero de 2018, se decidió la segunda opción, de lo que fue informado el paciente, según consta en la historia clínica examinada, en la consulta de 27 de marzo de 2018.

Ahora bien, según consta en la historia clínica examinada, el documento de consentimiento informado que firmó el reclamante el 27 de marzo de 2018, fue para osteosíntesis por pseudoartrosis de clavícula izquierda, es decir, para la primera opción de tratamiento que se había descartado en sesión de clínica, por lo que cabe considerar que ha existido en este caso una vulneración del derecho del reclamante a una adecuada información, pues si bien es cierto que consta acreditado que se le informó del procedimiento que iba a ser realizado, sin embargo no se ha probado que se le informara sobre en qué consistía dicho procedimiento y los riesgos propios del mismo y en consecuencia que el reclamante consintiera la intervención que efectivamente se le realizó.

En este sentido, afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2018 (recurso 1/2017):

“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. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo a una terapia por razón de sus riesgos”.

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 orden a la valoración del daño, cabe recordar que este no se corresponde con el daño material sufrido como realiza la propuesta de resolución. En este punto cabe traer a colación la Sentencia de 23 de julio de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Rec. 573/2020), que señala lo siguiente: *«el daño derivado de la falta de información constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario y un daño moral que afecta al derecho de autonomía del paciente, que la jurisprudencia califica como incumplimiento de la lex artis. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 declaró que “esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información (...) supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”.*

Salvo supuestos excepcionales, entre los que no se halla el de autos, el importe de la indemnización no se equipara a la que correspondería por la reparación del daño material resultante de la asistencia sanitaria, aunque el mismo haya de ser tenido en cuenta junto a otras circunstancias.

En orden a la indemnización del daño moral, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2011 (recurso de casación 2.302/2009) vino a declarar que ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de pretium doloris, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un

cierto componente subjetivo debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso».

Ya señalábamos en nuestro Dictamen 25/20, de 23 de enero, que la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo -sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (r. 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (r. 2302/2009)-. En cuanto a su concreta indemnización, la Sentencia de 11 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (r. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de determinar la cuantía *“de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”*.

En dicho dictamen se fijaba por esta Comisión una indemnización de 6.000 euros, en línea con la postura mantenida en anteriores dictámenes y diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (así la citada Sentencia de 23 de julio de 2021, rec.573/2020)

No obstante, dicha cantidad fue actualizada en nuestro Dictamen 738/22, de 29 de noviembre, a la cifra de 9.000 euros en atención, en ese asunto, a la falta completa de documento de consentimiento informado, como ocurre en el caso que nos ocupa, pues, aunque consta un documento de consentimiento informado no es el propio de la cirugía que efectivamente se realizó, por lo que la falta de información debe estimarse completa.

Por todo lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación y reconocer al interesado una indemnización de 9.000 euros en atención al daño moral causado por la infracción del derecho a la información.

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 mayo de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 230/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid