

Dictamen n°: **145/21**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **23.03.21**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 23 de marzo de 2021, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial sanitaria promovido por Dña. .... (“*la reclamante*”), por los daños sufridos como consecuencia de una intervención practicada en el Hospital General de Villalba (HGV) para colocarle una prótesis de cadera.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado en el Registro General del Ayuntamiento de Alpedrete el día 4 de diciembre de 2018, la persona referida en el encabezamiento formuló, reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño, consistente en una fractura de fémur que se le ocasionó durante la cirugía que le fue practicada en dicho hospital el 4 de agosto de 2015 para implantarle una prótesis de cadera en el Hospital General de Villalba (HGV).

En el escrito de reclamación aduce que en la operación que le fue practicada le fracturaron el fémur. Así mismo expone otra serie de

quejas en relación con la asistencia que le fue dispensada, en concreto afirma que a los dos días de la intervención ya quisieron darle el alta a lo que se negó dado que tenía mareos y pérdidas de conocimiento, que le dispensaron un medicamento al que era intolerante y que, a pesar de saberlo, no lo quitaron del informe por lo que las enfermeras continuaban llevándoselo. Continúa narrando que una vez en su casa, su debilidad era extrema siendo diagnosticada de anemia por su médico de Atención Primaria, así mismo indica que sólo le proporcionaron cinco sesiones de rehabilitación, habiendo tenido que acudir a un fisioterapeuta privado. Afirma asimismo que padece dolores a mitad del muslo que le aseguraron que nada tenían que ver con la operación, pero que otro doctor le indicó que *“dichos dolores provienen del vástago de la prótesis colocada el 4 de agosto de 2015”*, habiéndosele ofrecido tratamiento quirúrgico. Considera que no sólo la intervención que le practicaron no fue correcta, sino que ha sido engañada respecto del origen de sus dolores. Concluye solicitando una indemnización que no cuantifica por *“depende de un fisioterapeuta y una persona que me ayude en las tareas domésticas”* (...) *“al ser ya un problema de por vida y no poder realizar una vida normal”*.

Aporta para acreditar estos extremos diversas facturas por la asistencia dispensada por un fisioterapeuta y facturas de lo que parecen ser obras de adaptación de su hogar.

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

1.- La reclamante de 69 años de edad en el momento de los hechos, ingresó el 1 de agosto de 2015 en el Servicio de Urgencias del HGV remitida desde el Hospital Nuestra Señora de Sonsoles de Ávila, por fractura subcapital de cadera derecha tras caída accidental desde propia altura. Ese mismo día queda pendiente de tratamiento quirúrgico definitivo, constando anotado que se le realiza estudio pre

quirúrgico y “se entrega consentimiento informado en papel” (folio 174).

El 4 de agosto de 2015 se procede a la colocación de prótesis de cadera derecha no cementada. Durante la escopia intraoperatoria se aprecia fractura periprotésica de fémur “*subsidiaria de tratamiento conservador en el momento actual*”. La paciente es dada de alta el día 9 de agosto de 2015, anotándose en la historia clínica “*Durante su ingreso la paciente permanece hemodinámicamente estable, afebril, con buen estado de la herida quirúrgica. La paciente tolera la sedestación y moviliza de manera activa cadera, rodilla y pies. Se realiza RX de control y se inicia profilaxis antibiótica y antitrombótica según protocolo. Dado la evolución favorable se autoriza alta hospitalaria en descarga*”.

2.- En el seguimiento de su estado posterior al alta se da cuenta de la evolución de la paciente, así el día 14 de septiembre se anota “*PTC bien colocada. Fx periprotésica en vías de la consolidación*”.

En la consulta de Rehabilitación del día 16 de septiembre se indica “*actualmente dolores generalizados, no ha iniciado carga. Ha realizado ejercicios de fortalecimiento*”, (...) “*Inicia marcha en paralelas con mal patrón flexor y escasa carga, refiere miedo asociado*” siendo el juicio clínico “*PTC bien colocada. Fx. periprotésica en vías de la consolidación*”.

El 24 de septiembre la paciente acude de nuevo a Consultas Externas de Rehabilitación del HGV, donde refiere dolor al bajar las escaleras en la ambulancia y poca fuerza en la pierna. “*A la exploración no presenta signos inflamatorios agudos, no deformidad, no crepitación. Dolor a la palpación pata de ganso y al estiramiento de isquiotibiales. Resto sin alteraciones Plan: se explica a la paciente que presenta una tendinopatía de isquiotibiales*”.

En el informe de evolución de Rehabilitación correspondiente al

día 5 de octubre se anota *“la paciente ha realizado tratamiento con buena evolución. Refiere mejoría, camina con dos bastones. EF: MID: alineado. Cadera: Cicatriz con buena evolución, no signos de infección, no adherida. Buena movilidad. Realiza transferencias autónomas con buen patrón. Mantiene bipedestación estable. Realiza marcha con dos bastones con buen patrón. Sube y baja escaleras con apoyo en barandilla y muleta”*. Se indica como plan: *“Buena evolución, la paciente realiza marcha con ayudas técnicas de forma estable, se realizará una sesión más para repasar ejercicios de fortalecimiento y se cursa alta de Rehabilitación tras cumplir objetivos de tratamiento. Continuará pautas y ejercicios en domicilio”*.

El día 19 de octubre acude al Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HGV. La radiografía de control mostraba fractura en consolidación. Refería dificultad para caminar por debilidad muscular, se hizo constar que había sido valorada por Rehabilitación y concluido el tratamiento rehabilitador. Se indicó como plan *“soltar una muleta”* y revisión en 2 meses con radiografía.

En la revisión de Traumatología de 21 de diciembre de 2015 se indica que la paciente lleva cuatro meses y medio de evolución y que está haciendo fisioterapia privada para recuperación funcional. Se anota *“dolor en rodilla derecha en relación con artrosis. Deambula sin ayudas técnicas, está recuperando función. EF: NO trendelemburg. Buena movilidad. Dolor en trocánter mayor”*. Se indicó como plan continuar en la misma línea, *“en ir ganando fuerza y mejorar deambulación”*, *“puede hacer vida normal”*. Fue dada de alta médica con indicación de revisión a los 6 meses.

El 23 de junio de 2016 se anota *“casi un año de FX de cadera derecha tratada con PTC derecha con Fx periprotásica. Actualmente hace vida normal, natación. Consulta porque se ha hecho prueba en la farmacia con T Score de -1.8 (osteopenia) Solicito valoración por*

*reumatología. Cito en un año RX.*” En relación con ello en la Historia Clínica se refleja el seguimiento por parte del Servicio de Reumatología de un proceso de osteoporosis diagnosticado el 8 de julio de 2016 en el que se deja constancia de haber rechazado el tratamiento propuesto en enero de 2017.

El 26 de junio de 2017 en la anotación correspondiente a la revisión traumatológica consta *“2 años de evolución. RX no cambios con respecto a previa. NO complicación de componentes. Tiene dolor en trocánter mayor. Se propone infiltración. Mejoría clínica tras infiltración. Cito en 3 meses para ver evolución”*.

En la revisión del día 7 de septiembre de 2017 por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica se hizo constar que con la infiltración solo mejoró parcialmente una semana. *“Dolor en muslo derecho ocasional”*. Se solicitó analítica con reactantes de fase aguda, gammagrafía y ecografía de caderas.

El día 27 de octubre de 2017 se informaron los resultados de las pruebas realizadas. La gammagrafía concluyó que no se evidenciaba proceso infeccioso/inflamatorio activo en cadera derecha. En la ecografía de cadera derecha se objetivan hallazgos compatibles con tendinosis de tendón de glúteo medio y signos de entesopatía y la analítica no presentaba datos de infección.

La paciente refiere que tiene dolor en el muslo, pero le permite hacer vida y deambular. Además, se objetiva trocanteritis. *“Comento los resultados y la posibilidad de necesitar cirugía de recambio protésico en un futuro. No por el momento. Continuará con revisiones periódicas con Rx”*. Se le indica la posibilidad de realizar fisioterapia en su centro de salud a criterio de su médico de Atención Primaria por la trocanteritis.

Con fecha 28 de diciembre de 2017 se recogió en la historia clínica de su centro de salud que la paciente no había acudido a la cita en consulta de la Unidad de Fisioterapia ni había llamado para anularla.

El día 13 de marzo de 2018 acudió a nueva revisión en el Servicio de Traumatología. Refería estar algo mejor tras la infiltración de trocánter, pero *“sigue con molestia en 1/3 medio de muslo, tipo pinchazo”*.

En la revisión del día 18 de abril de 2018 la paciente no presentaba mejoría con el tratamiento pautado. Dolor en muslo con refuerzo en punta del vástago, no signos de hundimiento ni de movilización. *“Explico. La solución pasaría por vástago diafisario, también explico que los vástagos largos, pueden dar dolores similares al que tiene actualmente”*.

De acuerdo con los datos de la histórica clínica la reclamante acude a un segundo centro hospitalario, el Hospital Universitario Puerta de Hierro (HUPH) el 26 de julio de 2018 donde tras realizarle diversas pruebas radio diagnósticas se evidencian hallazgos sospechosos de aflojamiento protésico en el componente acetabular y femoral de la cadera derecha. *“PTC con cotilo bien colocado sin signos de osteolisis. Vástago con contacto en cortical medial y lateral. JC: efecto punta”* Se le explica que si hay dolor se puede plantear recambio del vástago con las posibles complicaciones potenciales derivadas de la cirugía. Si no hay dolor se puede seguir controles radiológicos para ver si hay progresión de la lisis.

3.- Según resulta del informe de la Inspección Sanitaria (este dato no aparece en la historia clínica del centro de salud), el 9 de enero de 2019 fue intervenida en una clínica privada para recambio de prótesis de cadera cambiando vástago.

**TERCERO.-** Recibida la reclamación por el Servicio Madrileño de Salud, 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 (LPAC).

Con fecha 1 de febrero de 2019 se comunica a la firmante de la reclamación el inicio del expediente y la normativa aplicable al mismo, asimismo se le requiere para que indique la cuantía económica de su reclamación y que se le ofrece la posibilidad de tramitar su reclamación a través del Servicio de Coordinación de Conflictos, a lo que la reclamante muestra su conformidad mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2019. Esto no obstante el 18 de marzo de 2019 se comunica a la reclamante que, una vez revisado el contenido de su reclamación, se ha considerado la no viabilidad de la tramitación de la misma a través del citado servicio, continuándose con el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Asimismo, se notifica el siniestro a la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, que mediante escrito de fecha 18 de enero de 2019, comunica que el HGV no está asegurado con tal compañía.

Se incorporó al expediente la Historia Clínica de la paciente y se aportó el informe del jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatológica del HGV (pág. 65 del expediente), en el que expone que *“el vástago que se implanta en una artroplastia total de cadera depende de muchos factores, y no hay una única opción válida. Si bien hay escuelas que abogan por la cementación de todas las prótesis independientemente de la edad y condición del paciente, la mayoría de los cirujanos optan por no cementar los vástagos en pacientes jóvenes con buena reserva ósea. En el caso de la paciente se tomó esta opción dado que no tenía antecedentes médicos que hicieran presuponer la mala calidad ósea. En cuanto al tamaño del mismo, no hay manera de saber exactamente el tamaño previamente a la intervención. Incluso en*

*casos de una estricta planificación preoperatoria puede haber errores y complicaciones. Un vástago demasiado pequeño puede aflojarse y hundirse precozmente, y uno demasiado grande provocar con facilidad una fractura como la de la paciente. Sin embargo, este tipo de fracturas también se pueden producir con un vástago del tamaño adecuado o incluso con uno más pequeño de lo indicado. En resumen, no hay ningún motivo para justificar que el vástago elegido no fuera el indicado para la paciente”.*

Asimismo, afirma que la cirugía para la implantación de una prótesis de cadera, debido a la presencia de una fractura de cadera, presenta unos posibles riesgos que fueron informados a la paciente con anterioridad a que se sometiera a la intervención, como así se refleja en la historia clínica. Riesgos que también constan descritos en el consentimiento informado que se le entregó el 1 de agosto de 2015:

*“1. Rotura o perforación de un hueso, al colocar la prótesis o más tarde,*

*2. Después de la intervención presentará molestias en la zona de la intervención, debidas a la cirugía y a la adaptación de los músculos de la zona. Estas molestias se pueden prolongar durante algún tiempo o bien hacerse continuas. Puede precisar reposo de la articulación, en cama o bien caminando sin apoyar dicha pierna, según el tipo y fijación del implante. (...)”*

Explica asimismo que no se han escatimado esfuerzos en la recuperación funcional del paciente y se ha realizado un seguimiento muy cercano en consulta procurando un tratamiento adecuado de sus dolencias.

Se ha incorporado asimismo al expediente informe de la Inspección Sanitaria de fecha 8 de julio de 2020, (pág. 282 y ss. del expediente). Así como un requerimiento por parte de ésta al SERMAS



ya que en la historia clínica falta el consentimiento firmado por la paciente, que según consta anotado se le entregó en Urgencias del HGV en fecha 1 de agosto de 2015. Respecto de este último mediante escrito de fecha 2 de septiembre de 2020, se indica que dicho documento no está digitalizado.

En el informe concluye que la paciente conocía la fractura periprotésica de fémur que se produjo durante la intervención de la prótesis de cadera en agosto de 2015 y que dicha fractura era subsidiaria de tratamiento conservador y que, en el control anual, en junio de 2017, ante el dolor del fémur que refería la paciente, Traumatología procedió aplicar el Protocolo y, tras el estudio, en octubre de 2017, se le informó de su situación clínica y la opción terapéutica conservadora. La paciente optó por no acudir a la Rehabilitación programada por su médico en diciembre de 2017. El HUPH, como segunda opinión, expresó criterio clínico similar en julio de 2018. *“Finalmente, sobre el fármaco para el tratamiento de la osteoporosis indicado por reumatología, como todo fármaco tiene sus beneficios y riesgos, se le informó de los mismos y la paciente decidió no tomarlo. Era su decisión. Y Reumatología tomó la suya, emitió su alta en el Servicio de Reumatología por osteoporosis”.*

Sin embargo, dicho informe más allá de referir los hechos de la asistencia, las dos conclusiones antes indicadas y una descripción de la literatura médica en las fracturas periprotésicas en los pacientes con fractura de cadera, no contiene juicio clínico sobre la adecuación a *lex artis* del tratamiento dispensado a la paciente, limitándose a reproducir los datos de la historia clínica y del informe del servicio actuante. Amén de que la conclusión sobre el rechazo de medicación en el Servicio de Reumatología por su tratamiento de osteoporosis, no constituye parte de los reproches efectuados por la reclamante.

Terminada la instrucción del procedimiento, se confirió trámite de audiencia a la reclamante que fue notificado el 23 de octubre de 2020, sin que conste presentado un escrito de alegaciones. Asimismo, se concedió dicho trámite al HGV. Este último presentó el correspondiente escrito el 27 de octubre de 2020 en el que se afirma que la asistencia prestada a la paciente en el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatológica en todo momento fue adecuada a la *lex artis*, remitiéndose al informe del jefe de servicio.

El 18 de diciembre de 2020, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación, al considerar que la atención médica dispensada a la paciente fue acorde a la *lex artis* y que el daño por el que se reclama no es antijurídico, recayendo sobre la interesada el deber de soportarlo.

**CUARTO.-** Por escrito del consejero de Sanidad, con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 23 de febrero de 2021, se formuló la preceptiva consulta.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 81/2021, a la letrada vocal Dña. Elena Hernaez Salguero, que formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en sesión de 23 de marzo 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 indeterminada y por solicitud de órgano legitimado para ello de conformidad con 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 de parte, se ha realizado conforme a lo dispuesto en la LPAC.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en cuanto que ha sufrido el daño que imputa a la actuación médica que le fue dispensada en el HGV.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño, estando integrado el HGV en la red pública sanitaria de la Comunidad de Madrid, mediante el correspondiente concierto. A este respecto esta Comisión viene reconociendo en numerosos dictámenes (222/17 de 1 de junio, 72/18 de 15 de febrero y 219/18 de 17 de mayo), la legitimación de la Comunidad de Madrid en los supuestos en los que la asistencia sanitaria se presta en centros concertados, siguiendo el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de 14 de marzo de 2013 (rec. 1018/2010). En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (rec. 68/2019) que, tras destacar que la LPAC no recoge una previsión similar a la disposición adicional 12<sup>a</sup> de la LRJ-PAC, considera que en los casos en los que la asistencia sanitaria a usuarios del Sistema Nacional de Salud es prestada por entidades concertadas con la Administración (como era el caso), se trata de sujetos privados con

funciones administrativas integrados en los servicios públicos sanitarios, por lo que no es posible que se les demande ante la jurisdicción civil, ya que actúan en funciones de servicio público.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (*ex* artículo 67 LPAC). En el presente caso, la actuación médica origen de la reclamación es la intervención para colocarle a la reclamante una prótesis en la cadera derecha efectuada el 4 de marzo de 2015. Algunos de los daños alegados por la reclamante, los relativos al alta hospitalaria tras la intervención y la administración de un medicamento, estarían prescritos al haber transcurrido con exceso el plazo para reclamar. Sin embargo, los dolores manifestados tras dicha intervención se prolongan en el tiempo tal y como resulta de los informes incorporados a la historia clínica, hasta que es intervenida para retirar la prótesis en una clínica privada el día 9 de enero de 2019. Fecha que puede considerarse como *dies a quo* del plazo, en los términos del artículo 67 de la LPAC, sin perjuicio de la posterior evolución de las secuelas, por lo que la reclamación interpuesta el 4 de diciembre de 2018, estaría formulada en plazo.

No se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se ha recibido la historia clínica de la paciente e incorporado al expediente y se ha recabado el informe del servicio del hospital al que se imputa el daño, de acuerdo con los artículos 79 y 81 de la LPAC, respectivamente; además, consta también emitido el informe de la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de todo ello al expediente, se dio audiencia a la reclamante y al HGV de conformidad con el artículo 82 de la LPAC, sin que la reclamante haya formulado alegaciones.

Finalmente, se dictó la propuesta de resolución según lo exigido en el artículo 91 de la LPAC. 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 art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada actualmente por la LRJSP, en sus artículos 32 y siguientes.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014), requiere el cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el

funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público, en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios. Así, el Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada (por todas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 19 de mayo de 2015, recurso de casación 4397/2010) ha señalado que *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y*

*justificada de los resultados*”. En análogo sentido, la Sentencia de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016).

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido, debe acreditarse por quien reclama la indemnización, conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse, en los términos de la doctrina de la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes. “*El principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente*”. (STS de 17 de septiembre de 2019, recurso de casación 3575/2016).

Finalmente, para evaluar la corrección de una concreta práctica médica hay que estar a la situación y síntomas del momento en que se realiza ésta. Ello se traduce en que se deben aplicar a los pacientes los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento. Esta obligación de medios (y no de resultados concretos) debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta cada paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso 2228/2014) destaca: “*La asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y es precisamente lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugerían, desde el punto de vista médico, las diferentes dolencias del recurrente*”.

**CUARTA.-** Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente se deduce que, sin la existencia de un daño real y efectivo por quien solicita ser indemnizado, no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas”* constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado *“que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

Conforme a lo que acabamos de decir, procede, en primer término, analizar la realidad del daño alegado.

Aunque son varios los reproches que la reclamante dirige contra la atención que le fue dispensada en el HGV ciertamente sólo tiene la consideración de daño la propia rotura del fémur y el dolor que padece, sin que las manifestaciones respecto a la prontitud del alta y la dispensación del medicamento respecto del que era intolerante puedan residenciarse en la categoría de daños, sin perjuicio de las molestias que le hayan podido producir. Por tanto, únicamente pueden considerarse daños indemnizables los dolores que sufre en la mitad del muslo y que, según afirma la reclamante, *“proviene del vástago de la prótesis”*.

Acreditada la realidad de los daños, resulta necesario examinar la concurrencia de los requisitos de relación de causalidad entre los daños sufridos y la asistencia sanitaria prestada y la antijuridicidad del daño que determinan la existencia de responsabilidad patrimonial.



Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron a la paciente, debemos partir de lo que constituye 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, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017).

En el presente caso, la reclamante alega que el dolor en el muslo, *“que comenzó siendo leve y discontinuo”*, al tiempo de la reclamación lo califica de insoportable y afirma que *“en la última revisión otro doctor afirmó que dichos dolores provienen del vástago de la prótesis”*.

Como es sabido, y así lo destaca, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2020 (recurso 829/2017) *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados”*.

La interesada no aporta informe pericial que acredite la realidad de su afirmación. Frente a esta ausencia probatoria, resulta acreditado en la historia clínica que la paciente, una vez constatada la consolidación de la fractura periprotésica acaecida durante la intervención, fue dada de alta médica por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HGV el día 21 de diciembre de 2015, cuando solo refería *“dolor en rodilla derecha en relación con artrosis”*, del que había sido diagnosticada con anterioridad a la intervención. Además, el

día 23 de junio de 2016 se hizo constar en la historia clínica que la paciente hacía vida normal, natación.

En relación con los dolores en el muslo, aparecen por primera vez mencionados en la historia clínica en la consulta del Servicio de Traumatología del día 26 de junio de 2017 cuando refirió dolor en trocánter mayor, que mejoró tras administración de una infiltración. En la consulta del día 7 de septiembre de 2017 el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica hizo constar que con la infiltración sólo había mejorado parcialmente del dolor durante una semana y que le había vuelto después y que presentaba “*dolor en muslo derecho ocasional*”, por lo que se solicitó analítica con reactantes de fase aguda, gammagrafía y ecografía de caderas, para descartar infección. En las pruebas solicitadas, se objetivaron hallazgos compatibles con tendinosis de tendón de glúteo medio y signos de entesopatía, indicándose la posibilidad de necesitar cirugía de recambio protésico en un futuro. Diagnóstico que corroboró el Servicio de Traumatología del Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda al señalar hallazgos sospechosos de aflojamiento protésico en el componente acetabular y femoral de la cadera derecha recomendando, si la situación clínica lo permitía, control evolutivo.

No obstante, consta en la historia clínica que la reclamante, diagnosticada en julio de 2016 por el Servicio de Reumatología de osteoporosis, rechazó el tratamiento con bifosfonatos pautado por dicho servicio para el control de dicha enfermedad, lo que podría haber influido en el aflojamiento protésico diagnosticado.

Por otro lado, como resulta de la historia clínica y pone de manifiesto el médico inspector en su informe, la paciente “*optó por no acudir a la rehabilitación programada por su médico en diciembre de 2017*”.

En cualquier caso, tampoco concurre la antijuridicidad del daño,

pues tanto la fractura periprotésica ocurrida durante la intervención, como las molestias posteriores a la intervención, que podían llegar, incluso, a hacerse continuas, son complicaciones frecuentes de la intervención que se contemplaban en el documento de consentimiento informado que, según consta en la historia clínica, le fue entregado a la paciente.

Si bien es cierto que tal documento no figura en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, se trata de una cuestión que no ha sido alegada por la reclamante que, en ningún momento ha alegado la falta de información en relación con la intervención, sino que reprocha *“que la operación no ha sido correcta”* y que ha sido engañada *“durante dos años y medio”* porque los médicos le dijeron que los dolores que sufría *“no eran causa de la operación”*.

Este defecto en el expediente fue puesto de manifiesto por la Inspección Sanitaria, sin que la interesada haya efectuado alegaciones sobre esta cuestión en el trámite de audiencia.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no resultar acreditados todos los daños invocados, ni la relación de causalidad y al no haberse acreditado mala praxis, ni concurrir la antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 23 de marzo de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 145/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid