

Dictamen n.º: **574/23**

Consulta: **Consejera de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **24.10.23**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 24 de octubre de 2023, 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, al considerar que la pérdida de funcionalidad de su brazo derecho es consecuencia de la intervención quirúrgica y del seguimiento posterior realizados en el Hospital Universitario El Escorial, tras una fractura-luxación glenohumeral derecha.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El expediente de responsabilidad patrimonial trae de causa del escrito de reclamación formulado por el abogado de la persona citada en el encabezamiento de este dictamen, presentado el 15 de noviembre de 2021 en el registro electrónico de la Consejería de Sanidad.

La reclamación detalla que el paciente fue operado de urgencia tras una “*caída de bici*” por fractura de troquíter en el Hospital Universitario El Escorial el día 20 de diciembre de 2018. Refiere que, tras la operación, el traumatólogo indicó que todo había salido correcto y, al día siguiente,

cursó el alta hospitalaria, fue citado para revisiones de curación de puntos.

El escrito expone que, durante las consultas posteriores, el paciente refería dolor, de modo que, tras una primera radiografía de control y al observar el desplazamiento del hueso, preguntó si era normal ese desnivel y los dolores que tenía, y le indicaron que todo era normal. El reclamante señala que en las siguientes consultas siguió refiriendo dolores y que la rehabilitación no estaba funcionando como se esperaba, ante lo que se le informó que tenía que ser paciente y que todo estaba correcto.

El relato continúa señalando que, tras varios meses sin mejora y con dolores, en junio de 2019 le extrajeron en el Hospital Universitario El Escorial los tornillos de la operación, ya que los estaba rechazando al ser de metal y ser él alérgico. El reclamante reprocha que antes de la operación de urgencia no se les preguntó a sus familiares, pues él estaba sedado y no era capaz de contestar, sobre posibles alergias.

La reclamación expone que, tras la extracción de los tornillos y la limpieza de la zona, los facultativos indicaron que todo estaba bien y le dieron el alta hospitalaria al día siguiente y que, en las consultas posteriores, el paciente siguió manifestando que no alcanzaba con la rehabilitación movilidad y tenía dolores, de modo que se le prescribió Tramadol para contrarrestar las dolencias, pero refiriéndole de nuevo que todo estaba correcto.

El escrito señala que el paciente, transcurridos unos meses y al observar que no avanzaba en la recuperación, decidió hacer una consulta a otro equipo médico, por lo que solicitó cita en una clínica privada de Madrid donde, tras estudio radiológico, TAC y resonancia, y al apreciar las secuelas y la no consolidación del hueso tras 8 meses de la operación, le indicaron que la opción más viable era una nueva cirugía “*deshaciendo la cirugía anterior, rompiendo el hueso, y recolocarlo en la posición correcta,*

*ya que el desplazamiento que tenía había impedido la correcta movilidad y dolores”.*

El reclamante manifiesta que el 16 de octubre de 2019 se le sometió a una nueva operación por mal posicionamiento de troquíter, lesión de labrum y lesión de bíceps, practicando para su corrección una osteotomía. Refiere que, aún con rehabilitación intensa, la movilidad se iba viendo reducida a un 10 %, y el equipo médico estudió opciones con poca probabilidad de éxito, de modo que el 23 de julio de 2020 se le practicó una artroscopia para la extracción de tornillos y limpieza de la zona afectada. Expone que, gracias a la infiltración practicada en el quirófano, durante unas semanas mejoró el dolor pero, tras pasarse el efecto, los dolores regresaron, quedando la movilidad reducida y limitando las actividades de la vida diaria.

La reclamación recoge que, a finales de noviembre de 2020, el INSS resolvió el expediente de incapacidad laboral total del reclamante para su profesión de fisioterapeuta, concediéndole un 43 % de grado de discapacidad, debido a la reducción de movilidad tan acentuada del brazo derecho.

El interesado concluye que todo esto le ha supuesto tener que estar apartado del mundo laboral durante dos años y, por tanto, no sólo la pérdida física y emocional que ha supuesto el quedarse con un brazo sin capacidad apenas de movimiento, sino también la pérdida económica y laboral. Afirma que existe relación de causalidad porque la baja, las secuelas y la incapacidad son consecuencia de la intervención y el seguimiento en el Hospital Universitario El Escorial.

La reclamación solicita cautelarmente una indemnización de 200.000 euros y se acompaña del poder de representación en favor del abogado del reclamante y copia del dictamen propuesta de declaración de la incapacidad permanente total (folios 1 a 16 del expediente).

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

Se trata de un paciente, de 40 años de edad en el momento de los hechos, con antecedentes de fractura bimaleolar de tobillo derecho intervenida quirúrgicamente mediante reducción abierta y osteosíntesis con placa y tornillos de acero inoxidable, con posterior retirada del material de osteosíntesis y consolidación completa de sus fracturas, con una movilidad completa del tobillo derecho y ninguna molestia.

Acude el 20 de diciembre de 2018 a Urgencias del Hospital Universitario El Escorial por dolor e impotencia funcional del hombro derecho tras una caída en bicicleta. En la exploración física consta que se encuentra *“dolorido, colaborador, consciente y orientado”*. Se le administra analgesia y relajante muscular y se realiza una radiografía en la que se objetiva una fractura comminuta desplazada de troquíter y una luxación glenohumeral anterior. Sin reacción alérgica a medicamentos conocida. Intolerancia a la lactosa.

Es intervenido con fecha 20 de diciembre de 2018 mediante *“reducción de luxación y osteosíntesis abierta de la fractura de troquíter con dos tornillos canulados”* de acero inoxidable, previa firma del documento de consentimiento informado por el médico y por la cónyuge del paciente.

La evolución postoperatoria y control radiográficos son satisfactorios, por lo que es dado de alta el 21 de diciembre 2018 con el brazo en cabestrillo. En el informe de alta de hospitalización consta *“sin alergias medicamentosas conocidas”* y en el checklist quirúrgico del 20 de diciembre de 2018 *“alergias: sí”*.

Con fecha 29 de enero de 2019 acude a revisión en el Hospital Universitario El Escorial. Radiografía sin cambios. Se solicita fisioterapia, revisión en 1 mes. En la siguiente revisión, el 28 de febrero de 2019, se

objetiva en la radiografía que la fractura va consolidando. Se indica seguir fisioterapia y revisión al mes.

El 2 de abril de 2019 el paciente acude a nueva revisión. Presenta buena evolución. Sin dolor a la abducción hasta 100°. Se plantea extracción de material de osteosíntesis para junio y se pauta revisión en 1 mes con radiografía.

En la revisión del 13 de mayo de 2019 se anota en la historia clínica que continua en rehabilitación. *“No debe cargar peso ni hacer actividades que supongan esfuerzo. Debe seguir de baja”.*

Con fecha 13 de junio de 2019 el paciente es intervenido para extracción de material de osteosíntesis de húmero derecho, realizándose *“extracción de material de osteosíntesis. de 2 tornillos canulados + arandelas en troquíter humeral derecho”*, siendo dado de alta el mismo día con *“dolor controlado y radiografía en orden”*. En el checklist quirúrgico de dicha intervención consta *“alergias: sí”* y en el *“formulario: hoja preoperatoria cirugía mayor ambulatoria”* consta *“alergias: alergias a metales”*.

Acude a revisión el 9 de julio de 2019. Se recomienda fisioterapia sin restricciones y revisión en 1 mes. El 13 de agosto de 2019 presenta *“molestias en últimos grados subacromial”*, por lo que se solicita resonancia magnética. En el evolutivo de esa fecha se incluye como antecedentes personales *“alergia a metales (sin pruebas de alergia)”*.

Con fecha 21 de agosto de 2019, se realiza resonancia magnética de hombro, en la que se objetiva: *“fractura aislada troquíter con decalaje de 8 mm, consolidación en evolución lenta, leve retraso, pero sin alteraciones de edema óseo circundante marcado que indica inestabilidad del foco, ligera ascenso la cabeza humeral con espacio subacromial en el límite inferior de la normalidad. Tendinosis leve del infraespinoso, moderada tendón de*

*cabeza larga del bíceps intraarticular del fascículo craneal del subescapular, integros con signos de tendinopatía crónica del supraespinoso. Sin cambios degenerativos acentuados glenohumerales, únicamente adelgazamiento del cartílago glenoideo grado I -II. Sin signos de atrofia ni de infiltración grasa acentuada los vientres musculares del manguito rotador. Leves/moderados cambios degenerativos acromioclaviculares”.*

El 2 de septiembre de 2019 acude a revisión, en la que se visualizan los resultados de la resonancia magnética. Movilidad restringida a 90° - dolor moderado. Limitación funcional. Presenta ascenso humeral. Manguito adelgazado y ubicación inferior de troquíter. Se estima artroscopia para estabilizar cabeza mediante reparación labrocapsular y ceraloplastia. Revisión de manguito y refuerzo del mismo. Se explica. Acudir para firmar autorización. Lista de espera quirúrgica.

Con fecha 24 de septiembre de 2019 el paciente es valorado en una clínica privada. Se observa la imagen de radiografía de reducción de osteosíntesis con 2 tornillos con arandela y lesión extensa de troquíter fijada con un poco de deslizamiento intraarticular y fragmento grande. Refiere que no tiene dolor, sólo limitación funcional a giros rotación externa. Se ve imagen con escalón en la región del troquíter y superficie articular bien. Se solicita TAC de hombro para revisión de troquíter y “valorar pseudoartrosis”, con cita para ver resultados.

El 11 de octubre de 2019 acude de nuevo a la clínica privada para revisión. Tiene déficit en la rotación externa y antepulsión. Tiene bíceps luxado. Tiene malposición del troquíter. Plan: osteotomía del troquíter y reducción al sitio anatómico, fijación tornillos canulados titanio 4 mm. “*Tenodesis del bíceps, está luxado, medial al subescapular, artroscopia para coser labrum anterior (dejarla preparada)*”.

Se realiza osteosíntesis de troquíter en la clínica privada el 16 de octubre de 2019 y se reevalúa tres semanas después, el 5 de noviembre

2019. El paciente mueve bien el codo, se indica iniciar rehabilitación del hombro derecho pasadas otras 3 semanas y se cita para revisión en 5-6 semanas con radiografías.

Con fecha 17 de diciembre de 2019 el paciente vuelve a ser valorado en la clínica privada, presentando un balance articular de hombro derecho activo con flexión a 30°, abducción a 45° y rotación interna a D12, en la movilidad pasiva flexión a 115° y abducción a 90°. Dolor en rangos finales. Se indica continuar con la rehabilitación de hombro para control del dolor y ganar movilidad completa.

El 26 de diciembre de 2019 acude al Hospital Universitario El Escorial para solicitar informe: «“hago informe para tribunal médico (prórroga de baja laboral)” (...) “Intervenido fractura luxación glenohumeral derecha el 21 de diciembre 2018, realizándose reducción abierta del troquíter y osteosíntesis con dos tornillos. El 13 de junio de 2019 extracción de los tornillos. El paciente ha tenido una mala evolución, presentando dolor en dicho hombro y disminución de la movilidad (...) Debido a dicha evolución, el paciente ha sido reintervenido en la clínica ... en noviembre de 2019. (Ver informes de dicha clínica). Actualmente convaleciente de esta última intervención. Lleva un año de baja y tiene que pasar por Inspección Médica. Considero una prórroga de la baja laboral, por lo menos hasta los 18 meses”».

En la siguiente revisión privada, el 4 de febrero de 2020 el paciente refiere que no ha ganado movilidad, teniendo a la exploración “movilidad pasiva en flexión abducción al 75%. Rotación interna limitado al 65% por dolor. Dolor tras movilización pasiva. Movilidad activa sin cambios respecto a la última consulta”.

Con fecha 13 de julio de 2020 se hace constar que “el troquíter ha pegado en la parte lateral y falta de consolidación en la parte posterior. Tiene déficit de movilidad activa. Dolor en reposo (...) Brazo está al 10% de

*su capacidad*”. Se recomienda quitar los tornillos y limpieza artroscópica y se plantean diferentes medidas terapéuticas a medio plazo (extirpar el troquíter no consolidado y nuevo reanclaje del manguito, transferencia del trapecio inferior o prótesis invertida) aunque consideran que “*viendo la evolución de las dos primeras cirugías puede ser complicado volver a recuperar la función del hombro por la pérdida de la anatomía del húmero proximal*”.

El 8 de septiembre de 2020 acude al Servicio de Traumatología del Hospital Universitario Rey Juan Carlos para una segunda opinión y valorar una transferencia tendinosa. Presenta pseudoparálisis de hombro y rigidez pasiva moderada. Se solicita resonancia magnética, realizada el 24 de noviembre de 2020, objetivándose “*alteración de la morfología de cabeza humeral en relación con secuelas de fractura previa con cambios postquirúrgicos en los tendones del manguito rotador que condicionan artefactos de susceptibilidad magnética, lo que disminuye la sensible a la prueba. Los tendones se encuentran íntegros y de intensidad señal homogénea. Tenotomía el tendón del bíceps*”.

*No se observan alteraciones significativas en la articulación glenohumeral, salvo probable fragmento óseo/cuerpo libre en la región posterior de la articulación. Porción visualizada del labrum sin alteraciones aparentes. No se observa derrame articular. Líquido en el receso subacromial. Secuelas de fractura previa en cabeza humeral con cambios postquirúrgicos en los tendones del manguito rotador con integridad de los mismos. Probable fragmento óseo/cuerpo libre en la región posterior de la articulación. Líquido en el receso subacromial. Secuelas de fractura previa no consolidada en el tercio distal de la clavícula*”.

Se hace constar en la historia clínica: “*rx reabsorción del troquíter, con pérdida de funcionalidad del manguito la transferencia de dorsal ancho puede no ser una solución definitiva, siendo la artroplastia una posible solución. Por ahora lo va a pensar, revisión en 6 meses*”.

Tratamiento, recomendaciones y plan: es muy recomendable el control de factores de riesgo como el sobrepeso, sedentarismo, síndromes metabólicos u otros procesos inflamatorios que pueden estar influyendo en el mantenimiento del dolor.

El paciente es dado de alta el 10 de agosto de 2021. Se hace constar que en caso de necesitar nueva atención el paciente debe acudir a su médico de familia.

Con fecha 19 de octubre de 2021, en revisión en una clínica privada persiste el dolor y la limitación de la movilidad, un balance articular activo con flexión y abducción a 30° y rotación interna a 10°. Se recomienda valoración y estudio de tolerancia a metales por Alergología por ser el paciente posible candidato a prótesis de hombro.

**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 El Escorial, del Hospital Universitario Rey Juan Carlos y de la sanidad privada (folios 21 a 124 del expediente).

Obra en el expediente el informe emitido el 29 de noviembre de 2021 por el jefe de Sección de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario El Escorial, que relata cronológicamente la atención sanitaria dispensada al paciente en el referido servicio y señala que *“previamente en Urgencias y con la realización del preoperatorio, se preguntan al paciente la presencia de enfermedades concomitantes o de alergias, refiriendo únicamente intolerancia a la lactosa. Con anterioridad, el paciente habla sido intervenido de una fractura de tibia y peroné derechos distal, donde se utiliza material de composición igual a los*

*tornillos utilizados, no habiendo referido ningún problema de alergia a metales”.*

También figura en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria de 1 de marzo de 2023 que, tras examinar la historia clínica del reclamante, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, concluye que la asistencia sanitaria prestada ha sido correcta o adecuada a la *lex artis*.

El abogado del reclamante presenta escrito el 17 de marzo de 2023, en el que solicita que se le tenga por desistido *“de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Madrileño de Salud, reservándonos expresamente la acción directa contra la aseguradora por los hechos objeto de reclamación; procediéndose al archivo sin más trámites”*.

En consecuencia, con fecha 22 de marzo de 2023 se comunica por el instructor del procedimiento a la aseguradora del SERMAS, como parte interesada, el escrito de desistimiento del reclamante. La citada aseguradora presenta escrito el 4 de abril de 2023, manifestando su interés en la continuación del procedimiento administrativo.

Por Orden de la Consejería de Sanidad de 18 de abril de 2023 se resuelve continuar con el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado, hasta su resolución definitiva.

Una vez instruido el procedimiento, se confiere trámite de audiencia al reclamante el 22 de mayo de 2023, y a la aseguradora del SERMAS el 7 de julio de 2023, sin que hayan formulado alegaciones.

Consta en el expediente el emplazamiento de la Administración en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el reclamante contra la desestimación presunta de su solicitud (P.O. 580/2023, ante la Sección 10<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid), con remisión del expediente administrativo el 14 de julio de 2023.

Finalmente, el 25 de septiembre de 2023 se formula propuesta de resolución por el viceconsejero de Sanidad y director general del Servicio Madrileño de Salud, en la que se desestima la reclamación al no existir evidencia de que la asistencia haya sido incorrecta o inadecuada a la *lex artis*.

**CUARTO.-** El 27 de septiembre de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 550/23 al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 24 de octubre de 2023.

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 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, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, al ser la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en un centro sanitario público de su red asistencial, el Hospital Universitario El Escorial.

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. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (cfr. artículo 67.1 de la LPAC).

En el presente caso, el reclamante reprocha las complicaciones derivadas de una intervención quirúrgica realizada en el Hospital Universitario El Escorial el día 20 de diciembre de 2018, si bien consta en el expediente que ha tenido una tórpida evolución a lo largo del tiempo, de modo que no es hasta el 10 de agosto de 2021 cuando recibe el alta por parte del Servicio de Traumatología del Hospital Universitario Rey

Juan Carlos. En consecuencia, la reclamación, presentada el 15 de noviembre de 2021, habría sido formulada en plazo, con independencia de la fecha de curación o determinación de las secuelas.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario El Escorial, implicado en el proceso asistencial del reclamante. Consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente. Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia al reclamante y a la aseguradora del SERMAS, que ha instado la continuación del procedimiento, sin que hayan formulado alegaciones. Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, que ha sido remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

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 los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado 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.-** Como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, el interesado reprocha que, como consecuencia de la intervención quirúrgica realizada el 20 de diciembre de 2018 por una fractura de troquíter, ha perdido la funcionalidad de su hombro y brazo derechos, de modo que se le ha reconocido la incapacidad correspondiente. Además, alega que no se le preguntó a su cónyuge, cuando suscribió por representación el documento de consentimiento informado, acerca de las alergias que padecía el paciente, por lo que no se hizo constar que es

alérgico a los metales, circunstancia que ha influido, según afirma, en su tórpida evolución.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar los reproches del reclamante, 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 12 de noviembre de 2018 (recurso 309/2017), 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”*.

Pues bien, en este caso el reclamante, a quien incumbe la carga de la prueba, no ha incorporado al procedimiento ningún tipo de acreditación de que la atención que le fue dispensada fuera incorrecta o inadecuada, sin que sirvan a este propósito las afirmaciones contenidas en el escrito de reclamación sin sustento probatorio alguno.

Los informes médicos que obran en el expediente coinciden en señalar que la rigidez de hombro que padece el interesado es una complicación derivada de la intervención a que fue sometido, pero ello, por sí mismo, no implica falta de diligencia y cuidado en la cirugía, como pretende el reclamante, pues no se constata en la historia clínica ninguna incidencia durante la intervención quirúrgica que pudiera evidenciar la existencia de mala praxis, ni el reclamante ha aportado prueba alguna en este punto. En este sentido resulta relevante lo informado por la Inspección Sanitaria, dada la importancia que en línea con la jurisprudencia solemos otorgar a su informe ya que su fuerza de convicción deviene de su profesionalidad, objetividad e imparcialidad

respecto del caso y de las partes [así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (recurso 768/2016)].

Pues bien, en este caso, el citado informe no deduce ninguna nota negativa en relación con la asistencia dispensada al interesado. Así, la Inspección Sanitaria explica que *“la fractura-luxación se trata de una lesión más grave y compleja, que comprende una fractura y una luxación de la articulación adyacente, y plantea con frecuencia dificultades de tratamiento... Además, el desplazamiento del troquíter, característica que presentaba el paciente, es la principal causa de rigidez de hombro”*.

De igual modo, el informe indica que *“las complicaciones asociadas a las fracturas de la extremidad proximal del húmero pueden ocurrir como resultado de la lesión inicial o del tratamiento quirúrgico en sí. Estas complicaciones incluyen rigidez del hombro, osteonecrosis, falta de unión y formación ósea heterotópica.... Las secuelas de las fracturas del húmero proximal representan algunas de las situaciones más difíciles de tratar en la reconstrucción del hombro ...”*.

En todo caso, como la Inspección también recuerda, en el documento de consentimiento informado para la intervención quirúrgica *“se especifica la posibilidad de que queden “molestias residuales que pueden requerir tratamiento ortopédico y/o médico y, en ocasiones, una segunda intervención” y “rigidez articular””*.

Además, frente al reproche del reclamante, quien afirma que no se le preguntó a su cónyuge, al suscribir el documento de consentimiento informado, sobre la supuesta alergia que él padecía a los metales, dato que, en consecuencia, no se hizo contar en la historia clínica y que ha influido decisivamente en su evolución, cabe señalar, en primer lugar, que el artículo 9.3 a) 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, permite prestar el

consentimiento por representación (como en el presente supuesto, en que el paciente ya estaba sedado y era urgente la intervención) “*a) cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*”.

Además, y como refiere la Inspección Sanitaria, no existe constancia en la historia clínica electrónica de alergia a metales hasta un informe de 25 de octubre de 2019, sin que «*a día de hoy, haya constancia de dicha alergia en el apartado “Información Primaria” de Horus ni en la historia de Atención Primaria. También es llamativo que al menos a fecha 19 de octubre de 2021 (según la historia de la clínica ..., última anotación de la que disponemos) no se hubiera realizado ningún estudio de Alergología dada la problemática que ha presentado el paciente a raíz del accidente*», de lo que se infiere, a nuestro parecer, que la citada alergia, a falta del estudio oportuno, resulta aún una mera hipótesis.

Coadyuva a esta conclusión la circunstancia de que, tal y como afirma el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología en su informe, y corrobora la Inspección Sanitaria, “*...previamente en Urgencias y con la realización del preoperatorio, se preguntan al paciente la presencia de enfermedades concomitantes o de alergias, refiriendo únicamente intolerancia a la lactosa. Con anterioridad, el paciente había sido intervenido de una fractura de tibia y peroné derechos distal, donde se utiliza material de composición igual a los tornillos utilizados, no habiendo referido ningún problema de alergia a metales*”.

En todo caso, como matiza la Inspección Sanitaria, “*..según la bibliografía consultada, el porcentaje de reacciones alérgicas relacionadas con los implantes metálicos en contacto con el hueso es muy bajo y se han publicado pocos efectos secundarios en el caso de las placas y tornillos de*

*acero inoxidable... ”, de modo que, en el presente supuesto, “la alergia al componente metálico pudo demostrarse formalmente con la desaparición de las manifestaciones clínicas tras la retirada del implante”. Sin embargo, en el caso del paciente, “no se resolvieron las complicaciones tras la extracción de material de osteosíntesis. Posteriormente, fue intervenido en octubre de 2019 en la clínica ... realizando fijación con tornillo de titanio, presentando igualmente mala evolución”.*

En definitiva, cabe concluir recordando que es reiterada la jurisprudencia que viene indicando que la asistencia sanitaria implica una obligación de medios y no de resultado. De ahí que se distinga entre medicina curativa y medicina satisfactiva como es el caso de la medicina estética. En la medicina curativa existe una obligación de medios, y no de resultado [sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2012 (recurso 2294/11)] de tal forma que, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 (recurso 7915/2003) y de 29 de junio de 2011 (recurso 2950/2007):

*“(...) a la Administración no es exigible nada más que 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 materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”.*

Por ello, no cabe apreciar ninguna vulneración de la *lex artis* a este respecto en el presente supuesto.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado la existencia de infracción de la *lex artis ad hoc*.

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 24 de octubre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 574/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid