



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 109/2013

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 30 de abril de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmra. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 17 de agosto de 2012, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 265/12), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 5 de octubre de 2011, x presentó escrito, dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), en el que, en síntesis, formula reclamación de responsabilidad por los siguientes hechos.

Según manifiesta la reclamante, el día 23 de julio de 2009 fue intervenida en el hospital "Mesa del Castillo" (por cuenta del SMS, remitida desde el hospital "Los Arcos", según se desprende del expediente), mediante artroscopia, de tendinitis del supraespinal del hombro derecho. Fue sometida a sucesivas revisiones por el Servicio de Traumatología del segundo hospital (Dr. x). Ante la mala evolución y persistencia de la clínica, fue nuevamente intervenida (en el primer hospital) el 19 de abril de 2010, por recidiva de síndrome subacromial derecho. Siguió revisiones en el hospital "Los Arcos", y debido a la nula mejoría y a la limitación de la movilidad (abducción de hombro limitada a 45º), se le practicaron RNM y EMG en fechas 16-8-2010 y 30-9-2010, respectivamente, informando la segunda prueba de una lesión axonal y desmielinizante segmentaria focal parcial de grado moderado de nervio axilar derecho, con una pérdida aproximada del 44% de las fibras axonales, en estadio crónico. Fue declarada en situación de incapacidad permanente total por resolución del INSS de 9 de febrero, por síndrome subacromial derecho intervenido en dos ocasiones con mala evolución y neuropatía del nervio axilar derecho, estando limitada para tareas que impliquen elevación del miembro superior derecho por encima de la horizontal.

Alega que hubo impericia en la primera intervención, porque en ella se le lesionó severamente el nervio axilar derecho, ya que en una artroscopia como la realizada, éste puede lesionarse, por punción accidental; además, señala que esta lesión se le diagnosticó tardíamente (en la citada EMG), más de un año después de tal intervención, cuando ya no podía realizarse ninguna actitud terapeútica sobre la misma, estando ligado su pronóstico a su diagnóstico precoz y celeridad del tratamiento. Posteriormente, en su escrito solicita la práctica de prueba pericial de parte, en la persona del Dr. x, especialista en valoración de discapacidades y daño corporal, para determinar si existieron o no las alegadas negligencia médica y retraso diagnóstico.

Por todo ello, solicita una indemnización de 133.044,97 euros, valorada conforme al baremo aplicable en materia de accidentes de tráfico, que desglosa así:

- Por lesión severa del nervio axilar derecho, valorada en 15 puntos: 14.232,60 euros.
- Por incremento del 10% de la anterior cantidad, al estar la reclamante en edad laboral: 1.423,26 euros.
- Por incapacidad para realizar su actividad habitual: 90.705,42 euros.

- Por incapacidad temporal impeditiva hospitalaria (por 1 día de hospitalización, correspondiente al de la segunda intervención): 67,98 euros.
- Por incapacidad impeditiva no hospitalaria (que cifra en 473 días): 26.615,71 euros.

Adjunta a su escrito diversa documentación, relativa a su proceso clínico y de declaración de incapacidad laboral.

SEGUNDO.- Con fecha 14 de octubre de 2011, el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a los interesados. En la misma fecha, la instrucción requirió de los citados hospitalares la remisión de la correspondiente historia clínica e informe de los facultativos que atendieron al paciente.

TERCERO.- Mediante oficio de 16 de noviembre de 2011, la Gerencia del Área de Salud VII, Mar menor, remitió la documentación solicitada al hospital "Los Arcos", de la que se destaca el informe del Dr. x, médico especialista en Traumatología, que asistió a la paciente durante el proceso que se describe en la reclamación, y que expresa lo siguiente:

"Paciente intervenida de tendinopatía supraespinal hombrón derecho mediante artroscopia el 23 de julio de 2009, observando integridad del manguito. Se realiza bursectomía y acromioplastia.

Debido a la evolución tórpida del mismo a pesar de la rehabilitación, persistiendo limitación para la abducción del mismo, se realiza nueva cirugía a cielo abierto para comprobar si integridad del tendón, realizada el 19 de abril de 2010, comprobando que está íntegro. Este hecho no concuerda con la resonancia magnética hecha el 16 de Agosto de 2010 que observa restos de hemosiderina, no identifican bien el tendón, considerándolo roto, pero en el acto quirúrgico se visualiza íntegro. Predomina la visualización directa en el diagnóstico de la lesión que una prueba complementaria (resonancia magnética).

A pesar de dicha cirugía sigue presentando evolución tórpida, por lo que se sospecha el 14 de mayo de lesión neurológica, solicitando resonancia magnética y electromiograma.

En el electromiograma realizado el 30 de septiembre de 2011 se observa lesión axonal y desmielinizante segmentaria focal de grado moderado del nervio axilar derecho, con pérdida del 44 %, recomendando control evolutivo.

Ha presentado evolución tórpida, no recuperando movilidad del hombro, con una limitación de la abducción (sólo llega a 15°). Se le propuso como cirugía de rescate en la última revisión una transposición del subescapular, explicándole que se trata de una cirugía importante, pero no aceptó.

Durante la primera y segunda cirugía del hombro no hubo complicaciones intraoperatorias, de ahí que no se sospechó la lesión del nervio axilar, pudiendo deberse a la tracción del miembro superior en la artroscopia, anestesia...".

CUARTO.- Obra en el expediente la historia clínica correspondiente a las intervenciones realizadas en el hospital "Mesa del Castillo" (f. 169 y siguientes).

QUINTO.- Mediante oficio de 7 de diciembre de 2011 se acuerda la apertura de un trámite de proposición y práctica de prueba, siendo notificado a los interesados.

SEXTO.- El 1 de febrero de 2012 la reclamante presenta escrito en el que, a la vista del trámite previamente concedido, solicita que se tengan por reproducidos cuantos documentos fueron aportados junto con la reclamación inicial, así como el historial clínico incorporado al expediente administrativo.

SÉPTIMO.- Mediante oficio de 20 de febrero de 2012, la instrucción solicitó informe a la Inspección Médica de la Consejería consultante.

OCTAVO.- Obra en el expediente un informe médico pericial, de 29 de marzo de 2012, aportado por la compañía aseguradora del SMS, realizado por el Dr. D. x, Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, que, tras analizar los hechos del caso, concluye:

- "1.- *El tratamiento inicial (DSA) (descompresión subacromial artroscópica), estaba correctamente indicado, y considero muy improbable que durante el mismo se pudiera lesionar el nervio axilar.*
- *2.- Ante la recidiva del cuadro doloroso, la indicación de una segunda cirugía abierta también me parece adecuada, siendo más probable que aquí sí se pudiera lesionar el nervio axilar, más bien por compresión que por lesión directa del mismo.*
- *3.- En todo caso se trataría de una complicación poco frecuente, pero posible, y que constaba en el consentimiento informado que la paciente firmó, y que sería de esperar la recuperación total o casi total con el transcurso de los meses, lo cual habría que constatar con los estudios EMG evolutivos.*
- *No se reconoce daño evaluable que justifique la indemnización".*

NOVENO.- Mediante oficio de 15 de junio de 2012 se acordó la apertura de un trámite de audiencia y vista del expediente para los interesados, no constando su comparecencia ni la presentación de alegaciones.

DÉCIMO.- El 16 de julio de 2012 se formula propuesta de resolución desestimatoria; en síntesis, por no haberse acreditado la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización, por no existir infracción a la "*lex artis ad hoc*", a la vista de los informes médicos obrantes en el expediente.

UNDÉCIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo de la acción y procedimiento.

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, el reclamante está legitimado para solicitar indemnización por los daños físicos alegados, en los términos expresados en sus escritos de alegaciones.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. La acción cabe considerarla temporánea, vista la fecha de presentación de la reclamación y el informe del Servicio de Neurología del hospital "Los Arcos" de 9 de mayo de 2011 (f. 66 exp.).

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: "*los particulares,*

en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, 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. La "*lex artis*", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3^a, de 22 de diciembre de 2001, afirma: "ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una 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 éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente".

Asimismo, la STS, Sala 3^a, de 23 de marzo de 2011, expresa que "la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente".

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1^a, de 24 de mayo de 1999, entiende que "los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la

actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida".

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la "*lex artis*" responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la "*lex artis*"; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba. El carácter determinante o no de dicho informe dependerá de las circunstancias de cada caso, en los términos expresados en la Memoria de este Consejo Jurídico correspondiente al año 2012, a la que nos remitimos.

CUARTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que reclama indemnización. Inexistencia.

En el presente caso, resulta patente que la reclamante no ha acreditado sus meras afirmaciones, contenidas en su escrito inicial de reclamación, sobre la relación de causalidad adecuada, a los efectos resarcitorios pretendidos, entre los daños por los que reclama (señalados en el referido escrito, sin necesidad ahora de analizar su exacto alcance) y la actuación sanitaria pública cuestionada, pues no ha aportado informe médico alguno que justifique la existencia de infracción a la "*lex artis ad hoc*" o negligencia médica respecto de dicha actuación (a pesar de que en el citado escrito señaló que aportaría informe al efecto); en cambio, el informe médico aportado por la aseguradora del SMS ratifica la corrección de las actuaciones sanitarias realizadas, sin que la reclamante haya formulado objeción alguna al respecto en el trámite de audiencia otorgado. Ante todo lo anterior, no resulta imprescindible obtener el informe de la Inspección Médica para concluir que no se ha acreditado la necesaria y adecuada relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales, y para concluir, en consecuencia, que procede desestimar la reclamación de referencia.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No se ha acreditado la adecuada relación de causalidad, jurídicamente necesaria a los efectos de declarar la responsabilidad patrimonial pretendida, entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se solicita indemnización, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, en cuanto es desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

