



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **83/2015**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 23 de marzo de 2015, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 24 de septiembre de 2014, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **267/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 28 de mayo de 2013, x, asistida de Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud (SMS).

Relata la reclamante que el 13 de Julio de 2011, fue intervenida de *"recambio de PTC (prótesis total de cadera) derecha"*. A consecuencia de dicha intervención, sufrió varias complicaciones que derivaron en una nueva operación a la que hubo de someterse el 21 de mayo de 2012 en el Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca", para *"recambio de cotilo de la prótesis de cadera derecha por aflojamiento"*. Esta intervención no obtuvo el resultado esperado, ocasionando por el contrario diversos *"problemas de paresias en CPE (nervio ciático poplíteo externo) y pie, hombro derecho, etc."*.

Considera la reclamante que, a consecuencia de la mala praxis y la falta de tratamiento médico y rehabilitador instaurado en la primera intervención, en la actualidad sufre paresia en CPE, deambula con apoyo de muletas y continúa aquejada de problemas graves a nivel del hombro y pie derechos, que no precisa.

Tas afirmar la imposibilidad de proceder a cuantificar la pretensión indemnizatoria en el momento de presentar la reclamación y que se hará a lo largo del procedimiento, una vez se obtengan los informes que se anuncian, solicita que se le indemnice en la cantidad que corresponda por las lesiones sufridas a consecuencia del mal funcionamiento del servicio público.

Acompaña la solicitud de dos informes clínicos, el del ingreso para la primera intervención y el de alta tras la segunda.

SEGUNDO.- Una vez subsanada, a requerimiento de la Administración, la falta de acreditación de la representación que el Letrado actuante decía ostentar, se admite a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS y se ordena su instrucción al Servicio Jurídico del referido ente público sanitario, que procede a comunicar a la actora la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Así mismo, da traslado de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la aseguradora del SMS, al tiempo que recaba del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" de Murcia, copia de la historia clínica de la paciente e informe de los facultativos que le prestaron la asistencia por la que reclama.

TERCERO.- Remitida la documentación clínica solicitada, se acompaña de informe del Jefe de Servicio de COT (Cirugía Ortopédica y Traumatología) del indicado Hospital, que es del siguiente tenor:

"... El día 13 del 7 del 2011 ingresó en el HCUVA para recambio de PTC de cadera derecha y fue intervenida el día 14 de Julio por el Dr. x. En dicha intervención se le retiró el cotilo que protruía en el acetábulo precisando colocación de aloinjerto. No hay constancia que se produjera de nuevo lesión de CPE y el 19.07 de 2011 fue dada de alta.

El 22 de Mayo de 2012 fue intervenida para revisión de la cadera derecha por aflojamiento y hundimiento del cotilo (Dr. x y Dr. x). La paciente fue dada de alta sin complicaciones el 29 de Mayo de 2012.

Posteriormente fue puesta en lista de espera por patología del manguito rotador para artroscopia el día 4 de febrero de 2013 e intervenida el 26 de junio en el hospital Viamed de San José por el Dr. x.

Disponemos de una EMG de 26 de 05 de 2004 con los siguientes datos: Lesión del tronco ciático común derecho (axonotmesis parcial) por encima del muslo, con afectación muy severa de fascículos correspondientes a CPE y leve-moderada del CPI.

La cirugía realizada el 13 de Julio de 2011 para recambio de PTC es una cirugía compleja en la que es posible como complicación presentar lesión neurológica. Adjunto referencia bibliográfica".

CUARTO.- Con fecha 9 de octubre de 2013 se solicita informe a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria (Inspección Médica), sin que conste su evacuación e incorporación al expediente.

QUINTO.- Por la aseguradora del SMS se aporta informe pericial elaborado por un especialista en Cirugía

Ortopédica y Traumatología que alcanza las siguientes conclusiones:

"1.- x había sido intervenida en el año 1994 de una PTC derecha, debido a una necrosis avascular de cabeza femoral. Al mes y medio, intervenida nuevamente para recambio del cotilo.

2.- En 2004, tras un traumatismo sobre esa cadera, sufrió una fractura periprotésica de fémur y aflojamiento de la prótesis, siendo intervenida de nuevo. Se le sintetizó la fractura de fémur y se recambió la prótesis. Tras esta cirugía presentó parálisis del CPE, que no llegó a recuperar totalmente. Esta circunstancia sería una complicación inherente a la cirugía realizada.

3.- En 2011 presentó un nuevo aflojamiento del cotilo, siendo intervenida en el mes de julio, para recambio del mismo más aloinjerto óseo, sin complicaciones.

4.- A los pocos meses presentó un nuevo aflojamiento del cotilo, precisando nueva intervención de recambio, también con aloinjerto óseo, operación realizada en mayo de 2012. Tras esa cirugía se apreciaron signos de paresia del ciático (que ya padecía previamente y que, si acaso, pudo empeorar por la nueva manipulación quirúrgica). Nuevamente sería una complicación inherente a la cirugía realizada, sobre todo teniendo en cuenta que se trataba de la cuarta cirugía sobre la misma cadera.

5.- Se desconoce el grado de recuperación final de la lesión nerviosa".

A modo de conclusión final, el perito manifiesta:

"No aprecio que haya existido ninguna mala praxis durante ninguna de las actuaciones quirúrgicas sobre esta paciente; la complicación aparecida se trata de una posibilidad de cirugías repetidas sobre la cadera afecta y que se mencionaba claramente en el C.I firmado por la paciente en marzo de 2012".

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, comparece la actora y presenta escrito para ratificarse en su pretensión y alegaciones iniciales, considerando que de la prueba practicada en el procedimiento se deriva que la lesión neurológica que padece fue provocada por la intervención del 13 de julio de 2011.

SÉPTIMO.- El 9 de septiembre de 2014 el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en la medida en que no ha quedado probada actuación alguna contraria a normopraxis.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el

pasado 24 de septiembre de 2014.

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 (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Cuando de la reclamación de daños físicos se trata, la legitimación activa reside de forma primaria en quien los sufre en su persona, a quien resulta obligado reconocer la condición de interesado para su reclamación ex artículo 31.1 y 139 y ss LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en cuanto titular del servicio público de asistencia sanitaria a la población, a cuyo defectuoso funcionamiento pretende imputarse el daño.

II. De conformidad con el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar prescribe al año de producida la lesión. En el caso de lesiones de carácter físico o psíquico, dicho plazo anual habrá de comenzar a computarse a partir del momento de la curación o, en su caso, de estabilización de las secuelas.

En el supuesto sometido a consulta, las secuelas se identifican con la lesión del nervio ciático y "problemas" en hombro y pie derechos. A la luz de la historia clínica, lo cierto es que la lesión neurológica ya estaba diagnosticada desde 2004 (folio 115 del expediente), estando ya presente en una electromiografía de 26 de mayo de ese año. Sin embargo, al folio 112, se hace constar en la hoja de evolución clínica correspondiente a la situación de base que motiva la intervención de julio de 2011 que dicha lesión había mejorado, aun sin llegar a una recuperación plena. Tras esta intervención, aun cuando el Jefe del Servicio de COT del HUVA informa que *"no hay constancia que se produjera de nuevo lesión del CPE"*, no descarta que pudiera producirse. Del mismo modo, el perito de la aseguradora del SMS advierte que tras la cirugía de mayo de 2012 vuelven a apreciarse signos de paresia del ciático, que ya padecía previamente pero que pudieron empeorar con la nueva manipulación quirúrgica, sobre todo porque era ya la cuarta intervención sobre la zona, aumentando la probabilidad de lesión neurológica con cada cirugía. Asimismo, comprueba que se realizó un seguimiento de la evolución de la lesión hasta siete meses después de la operación, si bien no se conoce la evolución final, para lo que habría que contar con una electromiografía al año de la intervención, que no consta que se haya realizado. Sí consta, sin embargo, una

electromiografía realizada el 24 de agosto de 2012 (folio 117), que confirma la *"axonotmesis parcial de nervio ciático común derecho, severa, crónica, con signos de denervación (ilegible) distal del componente peroneal"*.

Del mismo modo, en la evolución clínica se manifiesta desde la revisión de julio de 2012 y se reitera en las de septiembre, octubre y diciembre de ese mismo año, la estabilidad de la lesión.

En tales circunstancias, cabría considerar el mes de julio de 2012 como fecha de estabilización de la lesión neurológica, coincidiendo por tanto este Consejo Jurídico con la propuesta de resolución en considerar temporánea la reclamación presentada en mayo de 2013.

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, salvo en lo referente a su duración, pues ya se ha excedido en mucho el plazo máximo de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

Conviene destacar, asimismo, la ausencia de prueba por parte de la reclamante de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, cuya carga le corresponde en exclusiva a la misma. En el presente supuesto los informes médicos del Servicio de COT de la Arrixaca y el de la compañía de seguros del SMS no han sido cuestionados o rebatidos por la parte actora a través de las correspondientes alegaciones en el trámite de audiencia que se le ha otorgado. Las consecuencias de la omisión de dicha actividad probatoria por parte de la interesada serán analizadas en ulteriores consideraciones. Baste ahora con recordar el carácter de prueba necesaria y esencial que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por pretendidos errores médicos o defectuosa asistencia sanitaria, reviste la prueba pericial, como de forma contundente expresa la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de junio de 2001, según la cual *"quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos"*.

También omite la interesada cuantificar su pretensión indemnizatoria, pues aunque en la reclamación anuncia que determinará dicha cuantía una vez obtenga diversos informes, no consta que haya llegado a concretar ni el *quantum* indemnizatorio ni su justificación.

Consta, asimismo, que por la instrucción se recabó el informe de la Inspección Médica, el cual no ha llegado a ser evacuado. Coincide el Consejo Jurídico con la propuesta de resolución en que obran en el expediente suficientes elementos de juicio para poder adoptar una decisión técnicamente fundada en el presente procedimiento, conforme a nuestra doctrina expresada, entre otros, en Dictamen 193/2012, lo que posibilita resolver el procedimiento sin esperar a la evacuación del aludido informe inspector.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la

responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada 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.

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

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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 sanitaria que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultados, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la asistencia del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado de la misma, una obligación de desplegar adecuadamente los medios y recursos disponibles, lo que requiere un juicio valorativo acerca del estándar de disponibilidad de dichos medios y su aplicación a las circunstancias del caso de que se trate.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de los disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

Además, en la determinación del nexo causal y la antijuridicidad del daño deviene esencial la aplicación del criterio jurisprudencial de la *"lex artis"*. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda

responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata y sirve también como criterio delimitador de la obligación de medios que, como ya hemos indicado, incumbe a la Administración, pues aquélla no supone que, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas y terapéuticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la "lex artis", que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica "ad hoc", en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la normopraxis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina (por todas, STS, Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999).

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento del servicio público sanitario.

Para la reclamante, una mala praxis durante las intervenciones y una ausencia de instauración del adecuado tratamiento médico y rehabilitador son la causa de la lesión del nervio ciático, así como de los problemas en hombro y pie derechos que padece.

Lo cierto es que la indeterminación de los problemas en el pie derecho a que se refiere la reclamación, sin mayor precisión o aclaración, y la falta de acreditación de su relación causa-efecto con las intervenciones en las que se afirma que se produjo una mala praxis, nexos causales que tampoco se aprecia en relación con la lesión del hombro derecho (rotura del supraespinoso que no se alcanza a entender cómo pudo verse afectado por una operación en la cadera), impiden apreciar que dichos daños deriven siquiera de las operaciones quirúrgicas desarrolladas en julio de 2011 y mayo de 2012, lo que ya de por sí sería suficiente para desestimar la reclamación respecto de tales daños.

Respecto de la lesión del nervio ciático, la reclamación vuelve a adolecer de una mínima concreción por parte de la actora acerca de en qué consistió la mala praxis que imputa a los facultativos que la intervinieron y que realizaron el seguimiento de la evolución posterior de su cadera, lo que necesariamente ha de redundar en la desestimación de su pretensión indemnizatoria, pues no basta con constatar que como consecuencia de una determinada actuación u omisión médica se produce un resultado no esperado o un empeoramiento de la salud del paciente para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Y ello porque la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa se ve modulada por el criterio de la "lex artis" cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, 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"*. Esta doctrina jurisprudencial sigue plenamente vigente, como recoge la STS, Sala 3ª, de 2 de noviembre de 2011.

A la luz de dicha doctrina sólo podrá estimarse que existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños padecidos por el paciente y que éstos son antijurídicos, cuando se acredite que la asistencia

prestada se separó de la *lex artis*, bien porque se empleó una técnica inadecuada o porque no se emplearon todos los medios que la ciencia médica consideran necesarios y adecuados para el diagnóstico y curación en cada caso. Señala la STSJ Castilla y León (Burgos), núm. 7/2015, de 19 de enero, que *"estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad"*.

La prueba de la quiebra de la *lex artis* corresponde al reclamante conforme a la distribución del *onus probandi* que establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que, como ya se puso de manifiesto *supra*, haya aportado prueba técnico-sanitaria adecuada para rebatir la adecuación a normopraxis que todos los informes médicos obrantes en el expediente proclaman respecto de la atención prestada a la paciente. Así lo expresa de forma contundente el informe pericial de la aseguradora, tras analizar la praxis médica seguida en la atención dispensada a la hoy reclamante: *"No aprecio que haya existido ninguna mala praxis durante ninguna de las actuaciones quirúrgicas sobre esta paciente; la complicación aparecida se trata de una posibilidad de cirugías repetidas sobre la cadera afecta y que se mencionaba claramente en el C.I firmado por la paciente en marzo de 2012"*.

Para el indicado perito, la lesión del nervio ciático constituye una complicación típica de la cirugía a la que se sometió la paciente, y cuya materialización en este caso no se debió a una mala praxis durante la operación ni durante el seguimiento postoperatorio, sino que pudo venir propiciada por la confluencia de factores de riesgo, singularmente el tratarse de reintervenciones (la tercera y cuarta) sobre una cadera con implante protésico ya operada en diversas ocasiones. Para el perito, en fin, esta complicación *"es imposible de evitar en su totalidad, incluso en las manos más expertas"*.

Frente a estas consideraciones, efectuadas desde la perspectiva del saber científico, no pueden prevalecer las genéricas afirmaciones de parte, huérfanas de todo apoyo probatorio técnico-médico, acerca de la existencia de una pretendida mala praxis en la asistencia dispensada a la paciente.

En consecuencia, no cabe imputar a la actuación administrativa el nacimiento del daño, cuyo origen habría de buscarse en la propia patología de la paciente y en la materialización de un riesgo considerado típico de las intervenciones a que se sometió y que ella asumió al firmar el consentimiento informado en que aquél constaba (folio 145), careciendo así no sólo de relación causal en términos jurídicos, sino también de la antijuridicidad necesaria para poder declarar la responsabilidad de la Administración sanitaria, pues como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de mayo de 2014, se produjo por la paciente la *"asunción del eventual riesgo derivado de una correcta prestación del acto quirúrgico, que por eso la había constituido en la obligación de soportar el posible daño inherente a ese riesgo, siempre, naturalmente, que dicho acto cumpliera -como se da por acreditado en la instancia- las reglas de la lex artis"*.

Además, tampoco se ha cuantificado el daño.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño padecido, cuya antijuridicidad tampoco ha quedado acreditada.

No obstante, V.E. resolverá.

