



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 22/2021

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 1 de febrero de 2021, 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 del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 17 de noviembre de 2020 (COMINTER 339638/2020) y CD recibido en la sede de este Consejo Jurídico el día 19 de noviembre de 2020, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.^a Z, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 226/20), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 10 de julio de 2019, D.^a Z presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados por la asistencia prestada por los servicios sanitarios del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" (HUVA), del Servicio Murciano de Salud (SMS), a raíz de una caída el día 23 de agosto de 2017.

Fundamenta la reclamación en los siguientes hechos:

Que a consecuencia de una fractura del codo de su brazo derecho producida el día 23 de agosto de 2017, se le realizó en el HUVA una reducción cerrada de la luxación de codo, con inmovilización mediante una férula braquioradial, pese a lo cual volvió a producirse la luxación, por lo que los facultativos decidieron realizar una artrodesis provisional con una aguja de Kirschner en el quirófano el 25 de agosto de 2017. Durante la operación, en la inserción de la ficha humeral se produjo un desgarro-lesión del nervio radial, lo que le ha producido graves secuelas.

Que no consta en su Historia Clínica el consentimiento informado previo a la operación porque no se le presentó a la firma, ni se le informó del riesgo que la operación quirúrgica entrañaba respecto de la posible lesión del nervio radial, o cualquier otra, y que luego efectivamente se produjo.

Acompaña a su reclamación diversos informes clínicos de la medicina pública, así como resolución del INSS por la que se la declara en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

En cuanto a la valoración económica de la indemnización solicitada, en principio no la cuantifica, aunque requerida para que subsane el defecto, la cuantifica en 100.000 euros, sin concretar el fundamento de dicha cantidad.

SEGUNDO.- Por Resolución del Director Gerente del SMS de 25 de julio de 2019 se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Al mismo tiempo la reclamación se notificó a la Gerencia de Área de Salud I ?HUVA-, al Hospital "VIAMED SAN JOSÉ" y a la correduría de seguros del SMS

TERCERO.- Fueron recabados y remitidos la historia clínica de la paciente y el informe de los profesionales implicados.

De estos profesionales del HUVA han emitido informe:

1. El Dr. D. Y, Facultativo Especialista del Servicio de Traumatología, que indica:

"Paciente intervenida el dia 25/8/17 por fractura luxación codo derecho tras caída, con fractura cabeza radio, fractura cóndilo lateral y codo luxado. Es decir una lesión muy grave del codo debido a la inestabilidad tanto ósea como ligamentaria que se desencadena. Se realizó en la cirugía implante de prótesis cabeza radial (DMQ Palex) como estabilizador secundario, osteosíntesis de cóndilo lateral mediante 2 tornillos acompañado de sutura muscular y ligamentosa mediante arpón (Suture Anchor Corkscrew). Por último se realiza colocación de fijador externo específico de codo de Stryker para mantener estabilidad tanto estática como dinámica ya que permite la movilización del codo las 3 semanas inmovilizado y evitar así rigideces. Fue en la inserción de ficha proximal humeral cuando se produce lesión del nervio radial que se realiza una sutura término-terminal en la misma cirugía.

Tras la cirugía explico a los familiares y luego a ella que se ha producido una complicación quirúrgica grave con la ficha proximal del fijador al lesionar nervio radial realizando una sutura del mismo pero con mal pronóstico. La familia lo entiende. Le explico que requerirá segunda cirugía debido a las secuelas graves que se desencadenan.

En su evolución se retiró fijador a los 2 meses de la cirugía y comenzó la movilización con ayuda de rehabilitación, observando la parálisis de la musculatura extensora del antebrazo y abductora del pulgar. Se remite a Dr. Z que tras valorarla en consultas decide trasposición de la musculatura antebrazo para dar extensión a la muñeca y primer dedo para paliar dicha secuela pero según ella con mal resultado. El Dr. Z le propone nueva cirugía artrodesis de muñeca y nueva trasposición tendinosa para lograr más extensión del primer dedo y aprovechar para retirar la prótesis cabeza de radio.

Le explico que aunque se haga nueva cirugía mejorara parcialmente las secuelas, pero persistiendo una limitación severa en la movilidad de la muñeca y dedos de la mano. Tras la primera cirugía que yo ejercí se le explicó que tuvo una complicación grave durante la misma al lesionar nervio radial ya que deja secuelas severas, aunque dicha es una complicación dentro de las posibles que está reflejada en el consentimiento informado. En todo momento se le explico dicha complicación quirúrgica tras cirugía y se han puesto todos los medios para intentar paliar las secuelas que produce. Estas secuelas le limita para realizar su profesión habitual. El Dr.Z con su cirugía posterior intenta mejorar clínicamente dicha secuela, pero la complicación fue solo mía".

2. El Dr. D. Z, Facultativo Especialista del Servicio de Traumatología, que indica:

"Paciente que acude a urgencias en agosto-2017 siendo diagnosticada de TCE y fractura-luxación de codo derecho. Fue intervenida realizando artroplastia de cabeza de radio más osteosíntesis más reparación ligamentos; para estabilización de la reparación se colocó un fijador externo ocurriendo como complicación lesión del nervio radial realizando sutura término-terminal del mismo.

Ante la ausencia de recuperación del nervio radial con el consecuente déficit de extensión de muñeca y dedos se le propuso para realización de transferencias tendinosas:

-Pronador redondo a radiales.

-Palmar menos a extensor largo del pulgar y,

-Cubital anterior a extensor común de los dedos.

Tras un periodo correcto de inmovilización realizó una pauta de fisioterapia obteniendo extensión activa de muñeca y dedos trifalángicos con ausencia de función del extensor del pulgar. Ante la dificultad para realizar movimientos sinérgicos de extensión de muñeca y dedos, precisaba flexión de muñeca para extensión de dedos, se le propuso para artrodesis de muñeca en posición funcional y nueva transferencia de flexor superficial del 4º dedo/revisión para extensión del pulgar.

No dispongo de más información de la paciente ya que esta cirugía secundaria no fue realizada en nuestro servicio".

3. La Dra. Dª. T, Facultativa Especialista del Servicio de Rehabilitación, que indica:

"Paciente derivada desde Traumatología y valorada el 10/9/2019 tras intervención de secuela de parálisis radial

derecha.

Exploración física:

Cicatriz bien. Muñeca fijada.

Dedos: extensión de 1º dedo 0/5, abd, add y flexión 3/5.

Extensión completa resto de dedos. Realiza flexión de 2º y 3º dedos. 4 y 5º dedos: inicia flexión MCF e IFP, no de artic. IFP.

Puño: distancia 4º dedo palma 5cm, pasivamente 3cm, 5º dedo 4cm, pasivamente 2cm.

Realiza pinza con hiperextensión de IF del pulgar. Consigue pinza con 5º dedo en extensión completa con BM 3-5/5, con 2 y 3er dedo: 3+/5.

Se pauta tratamiento de Terapia Ocupacional. Pendiente de revisión en noviembre".

CUARTO.- Con fecha 15 de noviembre de 2019 se solicita informe de la Inspección Médica, no constando que haya sido evacuado hasta la fecha.

QUINTO.- El 26 de diciembre de 2019, la compañía aseguradora del SMS aporta informe médico-pericial del Dr. D. W, Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, en el que consta:

"V - CONCLUSIONES GENERALES

1. Dª X, de 51 años sufrió una lesión grave en su codo derecho al caer por unas escaleras el día 22/08/2017, siendo atendida en Urgencias del HCUVA.
2. Se diagnosticó una fractura-luxación de codo, programando tratamiento quirúrgico, que fue realizado tres días después, previa reducción en Urgencias. Correcto.
3. La intervención fue, técnicamente correcta, sin embargo, se decidió mantener el codo inmovilizado mediante un fijador externo en lugar de una escayola. Técnica discutible, ya que, aunque puede tener ventajas (como poder realizar la vigilancia y curas de las heridas con mayor facilidad) conlleva riesgos (infección de las fichas o lesiones asociadas, como ocurrió en este caso).
4. A causa de tomar pocas o nulas precauciones a la hora de introducir las fichas superiores del fijador, se produjo una lesión completa del nervio radial por arrancamiento. Pronóstico muy malo.
5. Como consecuencia, la paciente precisó meses de tratamiento rehabilitador y dos intervenciones quirúrgicas más, en marzo de 2018 y en septiembre de 2019, sin conseguir un buen resultado. Intervenciones que nunca hubieran sido necesarias en caso de no haberse producido esa complicación.

VI - CONCLUSIÓN FINAL

Tras el estudio de la documentación aportada, se aprecia la existencia de una mala praxis quirúrgica por parte de los especialistas de COT del HCUVA que provocó una grave complicación no informada".

SEXTO.- Con fecha 17 de marzo de 2020 se solicita de la correduría de seguros del SMS informe-valoración de los daños padecidos por la reclamante, siendo emitido con fecha 19 de marzo de 2020 arrojando el siguiente resultado:

"Valoración Lesiones Temporales

Perjuicio particular

Días moderados 572/52,13€/día 29.818,36€

Días graves 6/75,19€/día 451,14€

Total intervenciones quirúrgicas (2) 2.355,88€

TOTAL 32.625,38€

Valoración Secuelas

Perjuicio básico

Perjuicio psicofísico 24 puntos 30.957,81 €

Perjuicio estético 6 puntos 4.917,36€

Perjuicio particular

Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida LEVE 10.025,00€

Lucro cesante 6.037,00€

TOTAL 51.937,17€

TOTAL 84.562,55€"

SÉPTIMO.- Con fecha 31 de marzo de 2020 se otorgó trámite de audiencia a la interesada, presentando, el 17 de septiembre de 2020, escrito de alegaciones en el que insta a la terminación del procedimiento, estando de acuerdo con el informe médico-pericial e informe de valoración del daño de la correduría de seguros del SMS.

OCTAVO.- La propuesta de resolución, de 17 de noviembre de 2020, estima en parte la reclamación de responsabilidad patrimonial, al haber quedado acreditado que la actuación de los facultativos del SMS no fue acorde con la *lex artis* habiendo causado un daño a la reclamante que no tiene el deber jurídico de soportar.

NOVENO.- Con fecha 17 de noviembre de 2020 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

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 81.2 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

SEGUNDA.- Régimen jurídico, legitimación, plazo y procedimiento.

I. La LPACAP, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dichas leyes entraron en vigor el día 2 de octubre de 2016 (Disposición final séptima LPACAP y Disposición final decimotercera de la LRJSP), por lo que habiéndose iniciado el procedimiento mediante escrito registrado con fecha 10 de julio de 2019, le son plenamente aplicables.

II. La interesada ostenta legitimación activa para reclamar, de conformidad con lo previsto en el artículo 32.1 de la LRJSP.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional en tanto que es titular del servicio público sanitario, a cuyo defectuoso funcionamiento se pretende imputar el daño.

III. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 67.1 LPACAP, tenemos que concluir que ésta se ejercitó en el plazo legalmente previsto, puesto que el alta por estabilización de secuelas se produce en informe del Servicio de Rehabilitación de fecha 26 de noviembre de 2018, mientras que la reclamación se presentó, como hemos dicho, con fecha 10 de julio de 2019.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver que excede el previsto en el artículo 91 LPACAP.

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 32 y siguientes de la LRJSP 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.

Como señala la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2012, "*debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración*

sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además éste debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis".

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 (LEC)-, 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).

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso. Existencia de relación de causalidad.

Para la reclamante, se le intervino quirúrgicamente para la reducción cerrada de la luxación de codo que padeció tras caída, tras lo cual volvió a producirse la luxación, siendo intervenida de nuevo (sin firmar el consentimiento informado) y durante cuyo desarrollo se produjo un desgarro-lesión de nervio radial que se intentó suturar por el cirujano de forma término-terminal, quedando la funcionalidad de la mano gravemente afectada por la parálisis radial derivada de la lesión del nervio.

Que, en consecuencia, ha sufrido un perjuicio real y objetivo directamente causado por dicha lesión producida durante una operación realizada en un centro hospitalario del SMS.

También la Consejería consultante aprecia la existencia de relación causal entre el daño producido y la asistencia que le fue prestada a la paciente en el SMS. Se considera que se produjo una infracción de la *Lex Artis* por parte de los facultativos del SMS, habiendo causado un daño a la reclamante que no tiene el deber jurídico de soportar.

Para llegar a esta conclusión, que comparte este Consejo Jurídico, tenemos que atender, como hace la propuesta

de resolución, al informe médico pericial aportado por la aseguradora del SMS, que es muy claro al indicar que, si bien la reducción que se le practicó en urgencias, con la colocación de una aguja de Kirschner hasta decidir el tratamiento definitivo, así como la decisión de tratamiento quirúrgico y la técnica quirúrgica son correctas, no lo fue, sin embargo, la decisión de colocar un fijador externo (en sustitución de la inmovilización enyesada), al poder observarse la poca meticulosidad y cuidado en la colocación de las agujas del fijador, sobre todo las superiores, sabiendo que, justo en esa zona, discurre el nervio radial. Visto el daño causado, sigue diciendo el informe, es evidente que no se tomó ninguna precaución durante la colocación de las agujas. Por ello, a pesar de que el manejo de la complicación fue perfecto desde el primer momento, el resultado no fue favorable, incluso después de ser sometida a dos intervenciones más para intentar mejorar la función de la mano.

Por todo ello concluye el informe que "*se aprecia la existencia de una mala praxis quirúrgica por parte de los especialistas de COT del HCUVA que provocó una grave complicación no informada*".

De la rotundidad de dicho informe es preciso colegir que hubo una actuación de los profesionales de HUVA contraria a la *lex artis ad hoc*, por lo que cabe apreciar la relación de causalidad entre el actuar de los profesionales del SMS y el daño causado a la reclamante, que se convierte en antijurídico, por lo que la reclamación debe estimarse.

QUINTA.- En relación al *quantum* indemnizatorio.

En cuanto al importe de la indemnización a reconocer, la reclamante, en su escrito de reclamación la cuantifica en 100.000 euros, sin indicar las bases en que se sustenta dicha cantidad.

Por el contrario, el informe-valoración propuesto por la correduría de seguros del SMS (AON) es explicativo y fundamentado, valorando la indemnización en un total de 84.562,55 euros; cuantía que acepta la reclamante en su escrito de alegaciones, y que este Consejo Jurídico considera correcta.

De acuerdo con todo lo expuesto, la cantidad con la que deberá indemnizarse a la reclamante será de 84.562,55 euros.

Por último, conviene recordar que dicha cuantía deberá actualizarse según lo previsto en el artículo 34 LRJSP.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, al considerar que concurren en ella todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, singularmente, el nexo causal que debe existir entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado, que ha de reputarse antijurídico.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización debería ajustarse a lo que se indica en la Consideración quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.