



Dictamen nº 53/2022

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 7 de marzo de 2022, 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 10 de noviembre de 2021 (COMINTER\_330434\_2021\_11\_10-00\_38) y CD recibido en la sede de este Consejo Jurídico el día 10 de noviembre de 2021, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.<sup>a</sup> X, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2021\_312), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** - Con fecha 22 de julio de 2020, D.<sup>a</sup> X presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial en el Hospital Clínico Universitario “Virgen de la Arrixaca” (HUVA) por los perjuicios causados por la asistencia prestada en dicho hospital tras la operación que le fue practicada el día 14 de octubre de 2019.

Fundamenta la reclamación en los siguientes hechos:

*“Habiendo resbalado el sábado 12 de octubre de 2019, en los escalones del edificio donde residó. Ese día vine a urgencias y no me operaron porque no quisieron buscar quirófano para operarme y eso que mi rotura de húmero era muy urgente. No con eso me operaron al lunes siguiente, 14.10.2019, y me dejan una aguja dentro del brazo. Durante una semana, viniendo a urgencias por el dolor, me envían a casa y ni me dejan ingresada ni me operan hasta al 21.10.2019.*

*Solicito: Daños y perjuicios por todo lo que ello me causó a nivel personal, laboral y psicológico”.*

La interesada no aporta documentación y tampoco realiza una valoración económica del daño que dice causado.

**SEGUNDO.** - Por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) de 10 de agosto de 2020 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 Mesa del Castillo y a la correduría de seguros del SMS.

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

De estos profesionales del HUVA ha emitido informe el Dr. D. Y, Facultativo Especialista del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, que indica:

*"Paciente mujer de 40 años de edad que presenta fractura compleja (en 3-4 partes según clasificación de Neer) de epífisis proximal húmero derecho (EPH), tras sufrir caída casual. Valorada por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología (COT) en Urgencias del Hospital Clínico Universitario Virgen de la Arrixaca (HCUVA) el 12 de octubre de 2019. Se establece el diagnóstico antes mencionado, se informa a la paciente y, considerándose la fractura tributaria de tratamiento quirúrgico diferido (ya que no existe compromiso neurovascular) por parte del equipo de guardia de COT que atiende a la paciente, se remite para cirugía en centro hospitalario concertado (Hospital Mesa del Castillo), que se programa el 14 de octubre. La paciente firma el consentimiento informado. Se interviene en dicha fecha y, dada la edad de la paciente, se opta por la estabilización de la fractura mediante osteosíntesis. Durante la cirugía una de las agujas guía para colocación de los pernos se rompe y queda en localización intraósea y en protusión contralateral a la zona de entrada. Se intenta retirar dicha aguja, pero dada la tumefacción de la extremidad, se estima de elevado riesgo insistir en un abordaje agresivo que pueda ocasionar iatrogenia y se decide realizar la retirada de dicho material en un segundo tiempo, caso de que la aguja produzca clínica limitante a la paciente (en el documento de consentimiento informado, en el apartado de riesgos del procedimiento, queda claramente indicada la " posible extracción del material en una segunda intervención").*

*Dado el dolor que la paciente manifiesta, postoperatoriamente a nivel de la localización de dicha aguja, se programa su retirada tras la disminución del edema y tumefacción de la extremidad. Dicha aguja se retira el día 21 de octubre de 2019 sin incidencias a destacar y sin iatrogenia".*

**CUARTO.** – Abierto el periodo probatorio, con fecha 16 de diciembre de 2020 la reclamante presenta escrito de alegaciones en el que indica, en síntesis, que de la documental aportada con ese escrito y de su historia clínica, se prueba que la actuación reprochable en la intervención de osteosíntesis realizada el día 14 de octubre de 2019, al dejarse parte de la aguja de Kirschner en el hombro de la paciente, ha generado un daño por lo que mala praxis médica deberá ser indemnizada.

Aporta con su escrito diversos informes de la medicina pública y del Hospital Mesa del Castillo.

**QUINTO.** - Con fecha 18 de enero de 2021 se solicita informe de la Inspección Médica, elaborado con fecha 1 de junio de 2021, con las siguientes conclusiones:

*"1- Dª X sufrió una fractura compleja de húmero derecho el 12 de octubre de 2019. Se trató inicialmente con reducción e inmovilización de la extremidad afectada. El 14 de octubre se realizó la cirugía diferida mediante osteosíntesis con placa y tornillos. La técnica quirúrgica utilizada es la correcta para este tipo de fracturas.*

*2- Durante la intervención se produjo la rotura de una aguja que quedó enclavada en húmero, la extracción de la misma en el acto quirúrgico podría haber provocado complicaciones ya que se trataba de una fractura compleja y la extremidad estaba muy tumefacta. La decisión de dejar el material fue correcta teniendo en cuenta que los materiales de osteosíntesis utilizados en el tratamiento de las fracturas únicamente se extraen (EMO) en un segundo tiempo en caso de producir clínica o presentar complicaciones.*

*3- La clínica de dolor que presentaba fue indicación de realizar la EMO en una segunda intervención que cursó sin incidencias.*

*4- Las secuelas de limitación en la movilidad que presenta la paciente son debidas a la rotura del tendón supraespinoso.*

*5- Por tanto consideramos que la asistencia sanitaria prestada a Dª X fue en todo momento correcta y de acuerdo a lo establecido para el tratamiento de la fractura que presentaba".*

**SEXTO.** – Con fecha 10 de junio de 2021 se otorgó trámite de audiencia a la interesada, no constando que haya formulado alegaciones.

**SÉPTIMO.** - La propuesta de resolución, de 9 de noviembre de 2021, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no haberse acreditado la concurrencia de los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial del SMS.

**OCTAVO.** - Con fecha 10 de noviembre de 2021 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

**NOVENO.** – Consta en el expediente que, frente a la desestimación presunta de su reclamación, la interesada ha interpuesto recurso contencioso-administrativo, tramitado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Murcia como procedimiento ordinario nº 177/2021.

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

### **SEGUNDA. - Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. La reclamante 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.

II. La acción resarcitoria ha de considerarse temporánea, toda vez que se ejercitó mediante escrito registrado con fecha 22 de julio de 2020, antes del trámite del año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 67.1 LPACAP. Dicho artículo, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, dispone que “*el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”. En el presente caso, y sin tener en cuenta la estabilización de las posibles secuelas, la intervención quirúrgica durante cuyo desarrollo se le quedó instalada parte de una aguja kirschner se produce el día 14 de octubre de 2019, por lo que la reclamación estaría dentro del plazo para reclamar.

III. 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 del previsto en el artículo 91 LPACAP.

No obstante, es preciso recordar que la reclamante en ningún momento ha cuantificado el importe de la indemnización solicitada, tal y como prevé el artículo 67.2 LPACAP.

### **TERCERA. - Elementos de la responsabilidad patrimonial.**

I. El artículo 106.2 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 32 y siguientes de la LRJSP, que configura una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, en su Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público no implica que aquélla se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse, con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo

contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema proporcionalista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 32 y ss. LRJSP son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el perjudicado 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 concurra 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.**

##### **Falta de acreditación**

Considera la reclamante, como se expuso en los antecedentes de hecho, que la intervención de osteosíntesis realizada el día 14 de octubre de 2019, al dejarse parte de la aguja de kirschner en el hombro, implica mala *praxis* médica que ha generado un daño que debe ser indemnizado.

En el presente caso, no aporta la reclamante al expediente ningún elemento de prueba en el que se sostenga su reclamación, a pesar de que le obliga a ello el principio sobre distribución de la carga de la prueba que se contiene en el artículo 217.2 LEC, que resulta de aplicación en materia administrativa. Así, en dicho precepto se establece que *“Corresponde al actor... la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda...”*.

Es por ello que, para poder determinar si ha existido o no vulneración de la *lex artis*, será preciso acudir a los informes de los profesionales que obran en el expediente.

Así, en primer lugar, en el informe del Dr. D. Y, Facultativo Especialista del Servicio de Traumatología del HUVA, se indica que durante la cirugía una de las agujas guía para colocación de los pernos se rompe y queda en localización intraósea, no pudiendo ser retirada dada la tumefacción de la extremidad y habría supuesto un riesgo de producir iatrogenia, por lo que se decide realizar la retirada de dicho material en un segundo tiempo, caso de que la aguja produzca clínica limitante a la paciente; señalando, igualmente, que en el documento de consentimiento informado se recoge claramente la “ posible extracción del material en una segunda intervención”.

Pero, además, dada la objetividad e imparcialidad que se le ha de presuponer al criterio manifestado por la Inspección Médica, en el informe de ésta se indica que durante la cirugía de la paciente se produjo la rotura de una aguja que quedó enclavada en el hueso; debido a la complejidad de la fractura y sobre todo a la tumefacción del miembro no se extrajo en el acto quirúrgico por el riesgo de producir iatrogenia y se decidió retirar la aguja en un segundo tiempo en caso de que produjese clínica. Despues de la intervención la paciente presentaba dolor y se realizó la extracción del material el día 24/10/2019. En el Consentimiento Informado hay referencia a este posible riesgo, concluyendo que las secuelas de limitación de movilidad que presenta son debidas a la rotura del tendón supraespinoso, y no a la rotura de la aguja que quedó enclavada en el hueso, considerando que la asistencia sanitaria prestada fue en todo momento correcta.

Por tanto, debemos concluir que en el caso que nos ocupa no se ha probado mala *praxis* en la atención sanitaria prestada a la reclamante, puesto que la posibilidad de rotura del material de osteosíntesis utilizado durante la intervención es susceptible de rotura y de que tenga que ser extraído en una segunda intervención (como ocurrió en el caso que nos ocupa), quedando dicho riesgo recogido en el consentimiento informado firmado por la reclamante, por lo que no resulta posible apreciar relación de causalidad entre el daño producido y el

funcionamiento del servicio público sanitario y, en consecuencia, la reclamación debe ser desestimada.

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 por no haberse acreditado relación de causalidad alguna entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público sanitario.

No obstante, V.E. resolverá.

