

En Logroño, a 19 de diciembre de 2022, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de los Consejeros Sres. D. José M^a Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D^a Amelia Pascual Medrano y D^a Ana Reboiro Martínez-Zaporta, y con la del Letrado Secretario General, Don Ignacio Serrano Blanco y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente:

DICTAMEN

75/22

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, *en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria promovido por D. J.A.G. como consecuencia de una deficiente asistencia sanitaria tras accidente de moto; y que valora en 100.000 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

1.- Mediante escrito de fecha 20 de diciembre de 2021, remitido a la Consejería consultante por correo certificado el día 29 del mismo mes, se presenta solicitud de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración. Se reclama como consecuencia de una deficiente asistencia sanitaria tras sufrir el reclamante un accidente de motocicleta y, de su contenido, se desprende el siguiente relato de hechos:

- El compareciente fue atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital Millán San Pedro tras accidente de moto el día 29 octubre de 2020, con múltiples fracturas entre las que destacaba una fractura de húmero por el que se decide intervención quirúrgica urgente.
- El día 11 noviembre 2020 se le da el alta hospitalaria, y el 18 de noviembre de 2020 se procede a la retirada del fijador externo y enclavado endomedular.
- La evolución en los meses posteriores es lenta y no se consigue la correcta la consolidación de la fractura, lo que es aún peor se añade una lesión parcial muy severa del nervio radial, que provoca debilidad y gran déficit de movilidad.

- Dado el mal estado funcional, la única alternativa posible ha sido una nueva intervención quirúrgica con colocación de material de osteosíntesis y reparación del nervio radial mediante injerto, tal y como le propusieron en la medicina privada.

- Intervención quirúrgica que se ha realizado en julio de 2021 y de la que aún se está a la espera del resultado final en cuanto a estabilización del paciente.

- Podemos dar por finalizado el proceso con la última revisión del día 14 de diciembre de 2021, ya que se ha conseguido la consolidación del húmero y radio. La lesión nerviosa ya estaba presente al momento del accidente, pero pasó desapercibida para el equipo de Urgencias y de Traumatología. Cronificándose esa lesión nerviosa e impidiendo cualquier mejoría del paciente.

- No se tuvo en cuenta la necesidad de operar la fractura antigua que en el accidente se vuelve a fracturar; y las complicaciones que provocó la retirada del tornillo del húmero.

2.- El escrito de reclamación va acompañado de la prueba documental relativa a las diversas asistencias prestadas al reclamante.

3.- Se propone, como prueba a practicar, el interrogatorio o informe de los facultativos que realizaron las intervenciones quirúrgicas, la documental que se adjunta y que se solicite la remisión de la historia médica completa.

Segundo

En fecha 3 de enero de 2022, se dicta la Resolución, en la que se indica que se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose instructor del mismo. Posteriormente se comunica al reclamante información relativa a la instrucción del expediente.

Tercero

En fecha 17 de enero de 2022, se requiere a la Dirección del Área de Salud de La Rioja Hospital San Pedro y al Hospital Q.A.V., cuantos antecedentes existan de la atención prestada al reclamante, la historia clínica del mismo, en lo relativo a la asistencia objeto de la reclamación formulada y en particular, el informe de los facultativos, que le atendieron.

La citada documentación consta a continuación en el expediente administrativo.

Cuarto

A continuación, consta en el expediente el informe de la Inspección Médica de fecha 5 de mayo de 2022, en el que figuran las siguientes CONCLUSIONES:

1. El paciente sufrió un accidente de moto con varias lesiones graves (fractura de múltiples costillas y de húmero derecho). Fue precisa la realización de un tratamiento quirúrgico urgente sobre ésta última

lesión. Posteriormente, el paciente fue advertido de que al tratarse de un accidente de tráfico podía seguir tratamiento por la mutua de accidentes, optando el paciente por continuar con el servicio de traumatología del Hospital San Pedro. Al no objetivarse mejoría de la lesión del nervio radial en los electroneurogramas seriados, el 30 de mayo de 2021 se solicitó por parte del servicio de traumatología del Hospital San Pedro derivación al centro hospitalario P.T.. Finalmente, al no encontrarse el paciente satisfecho con la evolución de sus lesiones, y en pleno uso de su derecho a optar por la sanidad privada, decidió ser intervenido en la Clínica Q.V. (centro de prestigio nacional).

2. El tratamiento realizado por los traumatólogos del Servicio Riojano de Salud se ajusta a la *lex artis*, puesto que no recoge en la literatura científica una única, incontrovertible o indudable forma de abordar la lesión del nervio radial tras una fractura de humero, sino que es un tema objeto de debate y controversia. En la literatura científica encontramos varias opciones dentro de un amplio conjunto de matices y circunstancias, y aunque algunos autores se inclinan a realizar una corrección de la lesión del nervio radial en caso de haberse identificado en un primer momento, otros apoyan o avalan la actuación realizada por los traumatólogos del Servicio Riojano de Salud.

3. Cabe resaltar además que el paciente presentaba en el momento de su primera intervención quirúrgica una situación clínica grave, como consecuencia de las varias fracturas costales, de esternón y de húmero que presentaba. Desde el punto de vista médico es inobjetable que no era una situación clínica de fácil abordaje o en la que deban sorprender las secuelas manifestadas por el paciente, que a mi juicio no deben ser consideradas como fruto de una mala atención médica.

Quinto

Tras dicho informe consta el emitido en fecha 6 de mayo a instancia de la aseguradora de la Comunidad Autónoma de La Rioja en el que se hacen constar las siguientes conclusiones:

“1.- D.J.A.G. es diagnosticado de una fractura abierta grado III de Gustillo de tercio medio-distal de humero derecho tras accidente de tráfico sufrido el 29-10-2019. El tratamiento de estas fracturas es la limpieza de herida, revisión de planos profundos y estabilización con fijador externo. Con fecha 30-10-2019 en el Hospital de San Millán, el equipo de traumatología realiza este tratamiento en la fractura. El tratamiento es correcto.

2.- La parálisis del nervio radial es una complicación de las fracturas de humero. Pueden presentarse tanto en el momento del traumatismo (parálisis primaria) como en el transcurso del tratamiento de la fractura (parálisis secundaria). El manejo habitual de estas lesiones es conservador. El 80-90% de las parálisis diagnosticadas se recuperan de forma espontánea en los primeros cuatro meses tras el traumatismo. La primera referencia a esta parálisis en el expediente aportado es del mes de febrero de 2020. Según informe emitido por el Dr. A.N. , profesional que atendió a D. J.A.G., la lesión del nervio radial fue primaria y ya estaba presente en el traumatismo.

3.- D. J.A.G. presentó una parálisis radial primaria tras fractura abierta de húmero en octubre de 2019. El tratamiento secundario de la lesión nerviosa con injertos y/o transferencias tendinosas en caso de una falta de recuperación espontánea de la movilidad está contemplado en nuestras bibliografías.

4.- *La pseudoartrosis se contempla como complicación de las fracturas independientemente del tratamiento realizado. Su incidencia es superior en fracturas abiertas. D. J.A.G presentó una pseudoartrosis de la fractura humeral diagnosticada en el mes de febrero de 2020. Se confirmó diagnóstico por el Servicio Riojano de salud y se derivó a otro centro para el tratamiento definitivo junto con la lesión del nervio radial.*

5.- *D. J.A.G acude a la medicina privada a los seis meses de sufrir el traumatismo. En este momento, en la medicina pública se había diagnosticado un retraso de consolidación de la fractura y una lesión de nervio radial con signos de recuperación. En ese momento, la actitud a seguir era vigilar la evolución de la consolidación de la fractura y la recuperación motora del nervio. La conducta registrada en el expediente es correcta.*

6.- *En la medicina privada se diagnostica una sección completa del nervio que precisó transferencias tendinosas y una pseudoartrosis que precisó estabilización con placa e injerto. Este diagnóstico ya se documenta orientado en la medicina pública en los informes emitidos.*

7.- *Las características de la fractura, localización de la herida y gravedad del traumatismo justifica la lesión radial y las complicaciones surgidas de consolidación de la fractura.*

CONCLUSION FINAL

Las complicaciones surgidas tras la fractura abierta de humero de D. J.A.G se registran en nuestras bibliografías. Se contempla el tratamiento secundario de la lesión nerviosa ante la falta de recuperación espontánea o déficit funcional persistente. El manejo de la lesión nerviosa tras el diagnóstico de traumatismo de alta energía con traumatismo costal severo y fractura abierta IIIA de humero se adecuó a normopraxis. Los déficits y secuelas en el paciente no pueden atribuirse a una mala actuación de los profesionales del Servicio Riojano de Salud”.

Sexto

Notificado el trámite de audiencia al reclamante en fecha 12 de septiembre de 2022, por éste, se presenta escrito evacuando dicho trámite en fecha 29 del mismo mes.

Séptimo

En fecha 31 de octubre de 2022, se formula, por el Instructor, la propuesta de resolución, que desestima la reclamación por considerar no ser imputable el perjuicio alegado, cuya reparación se solicita, al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios.

Octavo

Dicha propuesta es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en fecha 23 de noviembre de 2022.

Antecedentes de la Consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 23 de noviembre de 2022 y registrado de entrada en este Consejo el día 24 de noviembre del mismo mes, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 25 de noviembre de 2022, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

1. A tenor de lo dispuesto en el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el art. 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, remite a la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, legislación estatal, para la determinación del carácter preceptivo de los

dictámenes. Por aplicación de dicha normativa, el dictamen será preceptivo cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 7/2011. Por lo tanto, y reclamándose en este caso una cantidad de 100.000 euros, nuestro dictamen resulta ser preceptivo.

2. En cuanto al contenido del dictamen, el párrafo final del citado art. 81 LPAC'15 dispone que aquél deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en la referida LPAC'15.

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 CE y 32.1 y 34.1 LSP'15 y 65, 67, 81 y 91.2 LPAC'15) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de 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 normal o anormal de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así, como, finalmente que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Lo anterior es también predicable para la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, si bien en estos casos, la obligación del profesional médico y la administración sanitaria es una obligación de medios y no de resultado, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, o lo que es lo mismo, no tendrían la condición de antijurídicos, so pena

de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

Como venimos indicando con reiteración al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Para detectar tales causas el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condictio sine quae non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Solo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirve la ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo; y de si concurren, o no, criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirve la ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

Tercero

Sobre la existencia o no de Responsabilidad en el presente supuesto

1.- En relación con el criterio de imputación objetiva aplicable en materia de responsabilidad sanitaria, debe recordarse que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente, y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora de cualquier resultado negativo, el Tribunal Supremo (STS -Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 13 noviembre 2012) tiene sentado el criterio de que:

“La responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas, en ningún caso, como 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 en que se produce el hecho acaecido pone razonablemente a disposición de la Medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario, no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.”

2.- En otros términos, que la Constitución determine (en su) artículo 106.2 que *“los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados*

por toda lesión que sufran 14 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”, lo que es reiterado en la Ley 39/2015, artículo 32.2 con la indicación que “en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”, no significa que la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas esté basada en la simple producción del daño, pues además éste debe ser antijurídico, en el sentido de que quien lo padece no tenga obligación de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento.

3.- Pues bien, cabe recordar que *lex artis ad hoc* es el criterio de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración sanitaria, consistente en la exigencia de que ésta actúe conforme a los conocimientos, protocolos y técnicas adecuados al caso concreto, empleando los medios más apropiados, en sustancia, tiempo y forma, para diagnosticar, tratar y sanar a un determinado paciente según el estado actual de la ciencia al respecto y los vigentes protocolos profesionales de actuación. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007:

“Cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que 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 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 a la Ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente..., aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia posoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste”.

4.- Con independencia de lo anterior, este Consejo ha reiterado, en buen número de dictámenes que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, recae sobre el reclamante la obligación de probar los hechos sobre los que fundamenta sus pretensiones indemnizatorias, sin que sirvan las meras manifestaciones de parte. En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja número 206/2008, de 12 de septiembre, que, en relación con los principios generales de distribución de la carga de la prueba, recuerda que:

“En aplicación de la remisión normativa establecida en los artículos 74.4 y Disposición Adicional Sexta de la Ley Jurisdiccional de 1956 (artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1.214 de Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho («semper necesitas probandi incumbit illi qui agit»), así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega («ei incumbit probatio qui dicit non qui negat») y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios («notoria non egent probatione»)

y los hechos negativos («negativa non sunt probanda»). En cuya virtud, este Tribunal, en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S. de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de setiembre de 1997, 21 de setiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras). En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración”.

5.- Pues bien, en el presente supuesto, el reclamante se limita a realizar su reclamación, pero sin aportar el mínimo indicio de prueba que permita tener por acreditadas las circunstancias en las que basa su reclamación, que se centran en: i) considerar que la lesión del nervio radial, pasó desapercibida inicialmente, y por no ser tratada se cronificó, impidiendo cualquier posible mejoría; y, ii) que tampoco se valoró la necesidad de operar una antigua fractura, que se reprodujo como consecuencia del accidente que causa la presente reclamación. Sin embargo, para los miembros de este Consejo, legos en medicina, esas manifestaciones, no dejan de ser eso, manifestaciones de parte que no han sido objeto de prueba, existiendo sin embargo en el expediente dos informes que niegan infracción alguna de la *lex artis*. Dichos informes, que son el de la inspección médica y el emitido a instancia de la aseguradora de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y cuyas conclusiones hemos transcrito en los Antecedentes de Hecho Cuarto y Quinto de este dictamen. Así de los citados informes, se desprende que no existe unanimidad acerca de cuál sea el mejor tratamiento posible para abordar la lesión del nervio radial tras sufrir una fractura de húmero y aunque para unos autores lo procedente es llevar a cabo la corrección del nervio una vez detectado su rotura, otros en cambio se inclinan por un tratamiento conservador, llegando a recuperarse de forma espontánea entre un 80 y un 90% de las parálisis diagnosticadas, en los primeros cuatro meses de su tratamiento. En definitiva, el manejo de la lesión nerviosa tras el diagnóstico de traumatismo de alta energía con traumatismo costal severo y fractura abierta IIIA de húmero se adecuó a norma praxis, por lo que la reclamación debe desestimarse, al menos con el material probatorio obrante en el expediente.

Conclusión

Única

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser desestimada por falta de prueba de los hechos en que se funda.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO