

En Logroño, a 28 de junio de 2019, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro María Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia el Consejero D. José M^a Cid Monreal y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

73/19

Correspondiente a la consulta formulada por la Excma. Sra. Consejera de Salud, en relación con la *Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D^a C.B.V, por los Daños y perjuicios que entiende causados tras ser intervenida quirúrgicamente para reducirle una fractura del radio izquierdo, con secuelas de lesión del nervio interóseo posterior; y que valora en 60.000 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Mediante escrito, de fecha 15 de marzo de 2017 registrado de entrada en la Oficina Auxiliar del Registro el siguiente día 22, la paciente precitada, presentó, mediante Abogado, la expresada reclamación de responsabilidad patrimonial, que fundamenta en los siguientes hechos:

“PRIMERO.- (La paciente) el día 23 de febrero del 2015, y a consecuencia de una caída, se fracturó el radio del brazo derecho, tras la cual fue derivada al centro hospitalario Fundación Hospital de Calahorra (FHC).

SEGUNDO.- El día 25, es decir, dos tras la caída, la intervinieron quirúrgicamente siguiendo una técnica no conservadora mediante el intento de corrección de la fractura con placa metálica y fijación con tornillos. A consecuencia la operación y por falta del debido cuidado en lo que puede entender, como una intervención no complicada, le pincharon determinado nervio causándole unas importantes secuelas en la movilidad del propio brazo y en el conjunto de su mano. Hay que poner de relieve causalidad en las lesiones que padece la paciente y la intervención, así como el error de tratamiento que se hace de su fractura, ya que, el propio 23 de febrero de 2015, hay un informe de

hospitalización, firmado por el Dr. E, en el que se puede constatar la efectividad del tratamiento conservador (que, finalmente, no se aplicó), siendo que el mismo no originaba más que la inmovilización del brazo, sin afectación en los dedos de su mano. No consta el criterio que siguen los Servicios médicos para modificar un tratamiento por otro más arriesgado y posiblemente innecesario.

TERCERO.- Tras más de un año en rehabilitación, le han quedado importantes secuelas como resultado de una incorrecta intervención tras la fractura referida.

Por lo general estas fracturas ocurren como consecuencia de una caída apoyando la mano con el codo cercano a la extensión y en valgo, lo que provoca el impacto de la cabeza radial contra el cóndilo humeral, por lo que, para determinar la técnica más adecuada para su sanación, es preciso valorar la línea de la fractura, el desplazamiento del hueso y la estabilidad de la fractura.

Mediante estos criterios de diagnóstico, la literatura más avezada, respecto de lesiones como la de nuestra paciente, aboga por tratamientos conservadores, mediante la inmovilización y colocación de férula; si el hueso está roto pero no permanece fuera del eje como es nuestro caso, es posible tratar la fractura con un yeso o un tutor, siendo innecesaria la intervención que se realizó, al margen de que la misma se hizo con una evidente falta de cuidado y pericia.

No obstante (y aunque, en su caso, por decisiones médicas, se optase por la colocación de la placa que, finalmente se le fijó), es preciso destacar las incidencias que se produjeron durante la intervención, como la sustitución de una ortodosis y mediante anestesia local, lo cual afectó a la isquemia y su eficacia, así como la falta del debido aislamiento del nervio afectado durante la intervención (como señalan los protocolos médicos en estos casos) y que hubiera evitado el contacto con el mismo durante la fijación de la placa.

En definitiva, entendemos que se produce una mala praxis médica por los motivos referidos: no se contempla una solución conservadora cuando esta no afectaba al nervio radial; el hecho de no aislar debidamente el mismo durante la intervención quirúrgica o las irregularidades que se sucedieron a lo largo de la misma y que originaron una afectación del referido nervio, con las secuelas, perfectamente evitables, que finalmente refiere la paciente.

CUARTO.-Las secuelas a las que se hace referencia anteriormente consisten en una paresia del nervio radial y, como consecuencia, de una pérdida funcional en la mano con parestesia de partes acras, sensibilidad y fuerza en dicha extremidad.

Por lo dicho, se ha de contemplar, en la presente reclamación por responsabilidad patrimonial, la correspondiente indemnización por los 415 días improductivos; 2 puntos por parestesia de partes acras y finalmente, y de más relevancia 13 puntos por la consiguiente paresia del nervio radial con las consecuencias ya referidas”.

Finaliza su escrito solicitando una indemnización de 60.000 euros.

Obra, seguidamente, en el expediente, un poder *apud acta*, otorgado por la interesada, a su Letrada.

Segundo

Mediante Resolución de 28 de marzo de 2017, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del anterior día 23 y se nombra instructor del procedimiento.

Tercero

Por carta de 31 de marzo de 2017, se comunica, a la Letrada de la reclamante, la iniciación del expediente, informándole de los extremos exigidos por los arts. 21.4, 24.1.2º y 91.3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15).

Mediante comunicación, del siguiente día 4 de abril, el Instructor se dirige al Director Gerente de la Fundación Hospital de Calahorra (FHC), solicitando que se le remitan cuantos antecedentes consten acerca de la asistencia prestada a la reclamante; en general, cuantos datos, documentos e informes puedan ser aportados para una mejor decisión sobre la pretensión de la reclamante; copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada, exclusivamente; en particular, informe emitido por los Facultativos de la FHC intervinientes en la asistencia prestada; y, si la fundación tuviera suscrita póliza de seguro el día de los hechos, número de póliza, entidad aseguradora y su dirección a efectos de comunicación de siniestros, exclusivamente.

Cuarto

Mediante escrito de 31 de julio de 2017, la Directora Médica de la FHC, remite, al Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Consejería actuante, la documentación requerida y comunica la existencia de póliza con la Compañía Aseguradora, S, y los datos del Agente mediador.

Con fecha 8 de agosto de 2017, el Instructor notifica y da traslado, a la Aseguradora, de la reclamación a fin de que pueda comparecer en el expediente para ejercitar los derechos que le correspondan, al poder resultar afectada en sus derechos o intereses legítimos por la resolución que se dicte.

Quinto

Con fecha 19 de octubre de 2017, el Instructor remite el expediente a la Dirección General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia, a fin de que, por el Médico inspector que

corresponda, se elabore el pertinente informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación, con el fin de facilitar la elaboración de la Propuesta de resolución.

Sexto

El 18 de enero de 2018, se remite el Informe de la Inspección médica, que establece las siguientes conclusiones:

“1. La intervención quirúrgica realizada a la paciente estaba indicada para la patología que presentaba, realizándose según protocolo y sin que conste que, durante la misma, surgieran ningún tipo de incidencia ni complicaciones. Revisada la literatura científica, una fractura desplazada de radio requiere tratamiento quirúrgico, siendo la reducción abierta y la fijación interna el tratamiento de elección para pacientes con madurez ósea que presentan fractura de la diáfisis del radio.

2. Tras la intervención, se comprobó que presentaba lesión del nervio interóseo posterior, que se trató mediante tratamiento, rehabilitador, tal y como corresponde, sin conseguir su recuperación.

3. La lesión de los nervios adyacentes, como ha ocurrido en este caso, es una posible complicación que figura en el consentimiento informado de la intervención firmado por la paciente, no pudiendo atribuirse a una mala praxis médica que, en ningún momento, ha quedado acreditada.

Por lo expuesto, no se puede concluir que la asistencia sanitaria que se le ha prestado a la paciente no haya sido conforme a la lex artis, pese a que la evolución no haya sido la esperada y presente ciertas secuelas”.

Séptimo

Obra seguidamente en el expediente un informe médico pericial de la Consultora médica P, para la Aseguradora de la FHC, de fecha 6 de junio de 2018, que establece las siguientes **conclusiones generales**:

1. (La paciente) fue diagnosticada el 23 de febrero de 2015 de fractura diafisaria de tercio medio-proximal de radio izquierdo desplazada. El tratamiento indicado para la fractura que sufría era quirúrgico, mediante reducción abierta y osteosíntesis con placa, tal y como se realizó.

2. Fue correctamente informada de las posibles complicaciones, de la cirugía y firmó consentimiento informado el 23 de febrero de 2015. Consta específicamente la posibilidad de lesión de los nervios adyacentes.

3. Fue intervenida quirúrgicamente el 25 de febrero de 2015, bajo anestesia del plexo e isquemia, realizándose un abordaje posterolateral del antebrazo, que era el adecuado para el tipo de fractura. No constan incidencias intraoperatorias.

4. En la revisión realizada, en Consultas (externas), a los 7 días, se constató una afectación del nervio interóseo posterior, se explicó el origen de la patología y se enseñaron ejercicios. Se decidió manejo conservador de la lesión nerviosa y fue derivada (al Servicio de Rehabilitación). Todo correctamente realizado.

5. La fractura evolucionó de forma favorable, consiguiéndose la consolidación.

6. Se realizó un adecuado seguimiento de la lesión nerviosa por parte (de los Servicios de Cirugía Ortopédica y Traumatología, y de Rehabilitación). Los (electroneurogramas) mostraron afectación axonal de intensidad moderada. Se produjo cierta recuperación del déficit motor derivado de la lesión nerviosa del interóseo posterior.

7. Ni la complicación ni las secuelas pueden ser atribuidas a un incorrecto diagnóstico, seguimiento, indicación ni actuación médica o quirúrgica por parte de los Facultativos del Servicio Riojano de Salud”.

El informe pericial termina con la siguiente **conclusión final**:

“La asistencia prestada (a la paciente) por parte del Servicio Riojano de Salud, en relación al manejo de la fractura de radio derecho intervenida el 25 de febrero de 2015, fue acorde a la lex artis”.

Octavo

Mediante sendos escritos de fecha 2 de octubre de 2018, el Instructor da trámite de audiencia a la Letrada del reclamante, a la FHC y a la Aseguradora de la misma.

La Letrada de la reclamante presentó un escrito de alegaciones el siguiente día 23 de octubre, escrito que merecerá especial comentario en la fundamentación jurídica del presente dictamen.

Noveno

El 25 de abril de 2019, el Instructor del expediente emitió la Propuesta de resolución en el sentido de que se desestime la reclamación por no ser imputable el perjuicio alegado al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios.

Décimo

La Secretaria General Técnica, el día 25 de abril, remite a la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe es emitido, en sentido favorable a la Propuesta de resolución, el siguiente día 13 de mayo.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 14 de mayo de 2019, registrado de entrada en este Consejo el día inmediato siguiente, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2019, registrado de salida el mismo día, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo, procedió en nombre del mismo 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 señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

1. En el presente caso, se reclama una indemnización superior a 50.000 euros (en concreto, 60.000 euros), por lo que nuestro dictamen es preceptivo, a tenor de lo establecido en el artículo 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, en relación con: i) el art. 65.4 de la Ley riojana 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR, redactado por la precitada Ley riojana 7/2011; y, ii) el art. 81.2 de la Ley estatal 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15); preceptos de los que resulta que procede recabar el dictamen del Consejo de Estado o del Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, en este caso el Consejo Consultivo de La Rioja, cuando el importe de la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

2. En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 81.2, párrafo 3, de la LPAC'15, el mismo ha de 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, considerando los criterios previstos en la LPAC'15, así como en el art. 34.2 de la Ley estatal 40/2015, de Régimen jurídico del Sector Público (LSP'16), que se remite a los criterios de la legislación en materia fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado; y pudiendo, en los supuestos de muerte o lesiones corporales, tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad social.

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

1. Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución, 32.1 LSP'15 y 65,67,81, 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 (plazo que, en el caso de daños personales de carácter físico o psíquico, empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas).

2. 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.

3. Lo anterior es también predicable, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien, como ya dijimos entre otros en nuestro dictamen D.3/07, *“la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo”*.

En nuestro dictamen D.29/07, en la misma línea, mantuvimos que los parámetros bajo los que se han de enjuiciar los criterios de imputación del daño a la Administración Sanitaria son el de la **lex artis ad hoc** y el de la existencia del **consentimiento informado**, distinguiendo *“si el daño es imputable a la actuación de los servicios sanitarios, por existir un funcionamiento anormal que contraviene los postulados de la lex artis ad hoc o por privar al paciente de su derecho de información o si, por el contrario, el resultado dañoso ha de ser soportado por éste quien, conocedor de los posibles riesgos, ha prestado voluntariamente su consentimiento”*.

Tercero

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso

1. Con fecha 23 de febrero de 2015, la reclamante firmó sendos escritos de consentimiento informado: el general, de anestesia; y, el específico, para la cirugía que se le practicó (la osteosíntesis de fractura diafisaria). En éste, como una de las complicaciones de la intervención quirúrgica, aparece *“la lesión de los nervios adyacentes”*.

En el escrito de alegaciones, en trámite de audiencia, se pone en tela de juicio la suficiencia de este consentimiento informado para la intervención practicada, afirmando que, en el expediente, no consta que hubiera información sobre los riesgos de la misma a la hora de firmar el documento de consentimiento, el cual, en este caso concreto, comprende una serie de advertencias imprecisas, generales y de calado más exculpatorio que informativo, por todo lo cual se impugna como medio válido de información veraz y precisa de los riesgos de la intervención.

Rechazamos de plano esta argumentación pues, en caso contrario, tendríamos que rechazar cualquier documento de consentimiento informado y tener por no prestado el

consentimiento en ningún supuesto. Sin duda, la firma del documento implica, al menos, una presunción *iuris tantum* de que el paciente ha sido debidamente informado de los posibles tratamientos alternativos de la intervención, de todos los riesgos de ésta y posibilidad de retirar el consentimiento. De no ser así, es al paciente a quien corresponde acreditar que no ha existido tal información. En el documento suscrito, se hace constar que el firmante ha comprendido las explicaciones que se le han facilitado y se le han aclarado las dudas planteadas.

2. No existiendo, por tanto, falta de información, habremos de examinar la actuación de los Servicios públicos sanitarios a la luz del otro de los parámetros indicados en el fundamento de derecho anterior, el de si existe o no infracción de la *lex artis ad hoc*, que es el criterio positivo de imputación de responsabilidad, por el daño producido, a la Administración sanitaria; vulneración de la *lex artis* que ha de vincularse, en relación de causa efecto, con el daño cuya reparación se reclama, correspondiendo al reclamante la prueba, no sólo de la concurrencia de una mala praxis, sino también de la relación de causalidad.

Tanto del escrito planteando la reclamación, como del de alegaciones en trámite de audiencia, se deduce que la mala praxis se imputa a la Fundación Hospital de Calahorra (FHC) es doble: por una parte, **error en el tratamiento**, al haber optado por una intervención quirúrgica, que califica de arriesgada e innecesaria, rechazando un tratamiento conservador, la inmovilización del brazo; y, por otra, error en la intervención quirúrgica, por falta de cuidado, en lo que puede entenderse como una intervención no complicada, causando afectación del nervio interóseo posterior y subsiguientes secuelas en la movilidad del brazo y en el conjunto de su mano.

A) En cuanto a lo primero, según el dictamen de la Dra. C.L, Especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, aportado por la Aseguradora, “*la fractura desplazada de tercio medio-proximal de radio izquierdo que presentaba la paciente tenía una clara indicación quirúrgica desde el principio. Por tanto, se indicó y se realizó el tratamiento correcto*”. La inmovilización de la fractura férula de yeso, previa a la intervención, no significa que se intentase inicialmente un tratamiento conservador pues, en tal supuesto, tras la inmovilización, la paciente habría sido dada de alta a su domicilio. Tal inmovilización se realizó para disminuir el dolor hasta el momento de la intervención quirúrgica.

B) Por lo que se refiere a la alegada falta del debido cuidado en lo que se puede entender como una intervención no complicada, expresamente se hace constar en el protocolo quirúrgico que no hubo incidencias intraoperatorias y que la evolución postoperatoria fue correcta, siendo la paciente dada de alta el 26 de febrero de 2015.

En la revisión de 4 de marzo siguiente, se detectó una clínica compatible con lesión de nervio interóseo posterior, de lo que se informó a la paciente. Se confirmó el diagnóstico mediante electroneurograma y se le pautó el tratamiento rehabilitador pertinente, siendo revisada posteriormente, de forma simultánea, en las Consultas externas de los Servicios de Traumatología y de Rehabilitación. El diagnóstico de la lesión nerviosa fue precoz y el tratamiento el adecuado y recomendado por la evidencia científica.

Todos los informes obrantes en el expediente coinciden, en definitiva, en que las complicaciones surgidas son típicas de este tipo de lesiones y que la paciente fue debidamente informada de ello tanto preoperatoriamente, como tras la aparición de las mismas.

Hay coincidencia en concluir que ni la complicación ni las secuelas pueden ser atribuidas a un incorrecto, seguimiento, indicación ni actuación médica o quirúrgica por parte de los Facultativos del Servicio Riojano de Salud.

C) Frente al coincidente criterio de los distintos informes o dictámenes que aparecen en el expediente, la reclamante se limita a argumentar que la lesión por la que se reclama solo pudo causarse por *“una actuación inadecuada de alguno de los instrumentos quirúrgicos utilizados en la intervención y ello implica falta de pericia y, en consecuencia, un daño antijurídico que la paciente no tenía el deber de soportar”*.

Aun cuando hace referencia a un informe del Dr. F.T, dicho informe no aparece en el expediente, ni ha sido localizado por la Consejería actuante. De todos modos, de las manifestaciones relacionadas con el supuesto informe, parece deducirse que se califica la actuación médica por el resultado, es decir, que, si hubo lesión del nervio adyacente, necesariamente, hubo falta de pericia, olvidando que corresponde a quien reclama acreditar la mala praxis, impericia o negligencia de la actuación médica, amén de la relación causal entre ésta y el daño cuyo resarcimiento se reclama.

No existiendo, insistimos, prueba alguna en contrario, hemos de aceptar el criterio de aquellos informes y concluir que no existe mala praxis que pueda fundar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en este caso. Frente a dichos informes, las simples manifestaciones de la Letrado de la interesada, al no estar refrendadas o apoyadas por prueba alguna, carecen de eficacia invalidante.

CONCLUSION

Única

Procede desestimar la reclamación planteada, por no concurrir criterio positivo alguno de imputación de responsabilidad a los Servicios públicos sanitarios de la Comunidad Autónoma de La Rioja y ajustarse su actuación a la *lex artis ad hoc*.

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.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero