



ANTECEDENTES

PRIMERO.-Con fecha 8 de agosto de 2001 (registro de entrada), D. P. Z. M. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial al estimar que no fue correcta la actuación de la sanidad pública por no haberle diagnosticado un neurinoma cola de caballo D12-L1, siendo intervenido del mismo en una clínica privada, cuyos gastos reclama como cuantía indemnizatoria.

Acompaña los siguientes documentos:

- Un TAC de la columna lumbar de 12 de agosto de 1999, que le fue realizado a instancias del especialista de la sanidad pública.
- Un informe del traumatólogo de consultas externas del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena de 26 de octubre de 1999.
- Un informe de 21 de noviembre de 2000 sobre el resultado de la resonancia magnética lumbar efectuada en una clínica privada:

"Proceso expansivo tumoral intradural-extramedular, adyacente al cono medular, altamente sugestivo de corresponder a un neurofibroma dependiente de una raíz izquierda de la cola de caballo. Discretos signos de discopatía degenerativa L4-L5. Leve estenosis constitucional del diámetro central del canal raquídeo lumbar".

- Un informe de neurocirugía de una clínica privada, que detalla que el paciente fue ingresado e intervenido el 20 de febrero de 2001 para practicarle flavectomía D12 izquierda y resección completa de lesión intradural adherida al cono medular, compatible con neurinoma de la cola de caballo.

Finalmente reclama la cantidad de 1.496.292 pts. (8.992,90 euros) en concepto de perjuicios y gastos ocasionados, junto con los intereses generados, sin que acompañe documentación acreditativa de tal cantidad.

SEGUNDO.- Con fecha 16 de octubre de 2001, el Hospital General "Santa María del Rosell" remite la historia clínica del paciente y el informe del traumatólogo de la sanidad pública que le atendió, con las siguientes conclusiones:

"1º.- El alta dada el 26/10/1999 es un alta de régimen interno dirigida a su Médico de cabecera como así consta en dicho ejemplar, quien continúa tratamiento y vigila la evolución y ante cualquier agravamiento o persistencia de sintomatología vuelve a remitir al enfermo a nuestro Servicio lo cual es norma habitual, no cerrando en absoluto (si la evolución así lo aconseja) la posibilidad de continuar y ampliar el estudio en nuestro Servicio por los medios que fuesen necesarios (pero el paciente al no acudir a nuestro Servicio nos niega esta posibilidad)."

"2º.- El paciente nos priva de continuar su estudio y concluirlo satisfactoriamente al abandonar la Seguridad Social y acudir a la C. privada Q. de Barcelona el 21/11/2000 en lugar de acudir a nuestro Servicio, donde y como así ha sido de hecho posteriormente el 27/07/2001 después de haber sido tratado en dicha Clínica asiste de nuevo a nuestro Servicio (donde se le pide una R.N.M. por presentar lumbalgia y sensación de pérdida de fuerza en m. inf. Izdo)."

"3º.- De haber acudido a nuestro Servicio en lugar a la C. privada Q. como así ha sido posteriormente se hubieran hecho las exploraciones y pruebas complementarias que hubieran

sido necesarias (R.N.M., T.A.C. con contraste, T.A.C. helicoidal, Mielografía, etc.) como es práctica habitual y de haberlo considerado oportuno se hubiera remitido al Servicio de Neurocirugía de nuestro Hospital de referencia (Hosp. Cl. Univ. Virgen de la Arrixaca) donde hubiera sido tratado sin duda correcta y eficazmente.

4º.- El paciente no hubiera sufrido ningún perjuicio económico ni patrimonial de no abandonar la Seguridad Social renunciando a su potencial diagnóstico y terapéutico, eligiendo libre y arbitrariamente su asistencia a la C. privada Q..

5º.- Se actuó en todo momento adecuadamente y de acuerdo a las pruebas que obraban en nuestro poder, sin cerrar la ampliación del estudio si el enfermo hubiera acudido a nuestra Consulta de servicio.

6º.- La patología que posteriormente se diagnostica (17 meses después de acudir a nuestro Servicio), y ya que se trata de una tumoración de 2 cms., tenemos la duda razonable de que pueda haber surgido con posterioridad en el transcurso de estos 17 meses desde que es visto en nuestra Consulta y hasta que acude a la C. Q., pero este extremo no podemos confirmarlo ni desmentirlo ya que el paciente nos niega el hacer un diagnóstico y un tratamiento / seguimiento adecuado al no acudir a nuestra consulta de Servicio y acudir en su lugar a la C. privada Q..

TERCERO.- Por la Subdirección Provincial de Asistencia Sanitaria se realizaron las siguientes actuaciones:

1ª. Se notificó al interesado la admisión a trámite de la reclamación (folio 27).

2ª. Se remitió copia de la reclamación a la compañía de seguros con la que el ente público tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil.

CUARTO.- Asimismo se recabó el informe de la Inspección Médica, siendo emitido el 8 de noviembre de 2001 con la siguiente conclusión:

"Es evidente, a la vista de los antecedentes, que el paciente abandona voluntariamente la atención en el servicio público que se le venía prestando ya que desde la última visita (26 de octubre de 1999) hasta que acude a la clínica Q. (21 de noviembre de 2000) transcurre más de un año sin que el reclamante solicitara los servicios del Sistema Nacional de Salud. La propia persistencia de la sintomatología debiera haber conducido al paciente a visitar a los especialistas del Hospital Santa María del Rosell quienes hubiesen tenido la posibilidad de ampliar sus estudios y llegar finalmente a un diagnóstico preciso. Por otra parte, dado el tamaño del tumor, no puede descartarse, a tenor de lo referido por el especialista informante, que el neurinoma podría haberse desarrollado en el tiempo que media desde su última visita al Rossell hasta que es detectado en la sanidad privada".

QUINTO.- Con fecha 21 de diciembre de 2001, la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil informa que procede la desestimación de la indemnización solicitada (folio 44).

SEXTO.- Transferidas las competencias a la Administración regional, el Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud continúa con la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y otorga un trámite de audiencia al reclamante de todo lo actuado hasta ese momento, quien comparece y formula, entre otras, las siguientes alegaciones (folios 49 y ss.):

- Manifiesta su disconformidad con el informe del traumatólogo de la sanidad pública, al entender que omite que le pidió que le realizara una resonancia magnética dado que el TAC no decía mucho, y seguía sufriendo dolores, pese a lo cual se limitó a derivarlo al médico de la zona y prescribirle rehabilitación. Asimismo señala que no es cierto que trascurrieran 17 meses desde el alta hasta que le efectuaron la RM en la sanidad privada, ni que en tan corto periodo no pudiera aparecer una tumoración dado su tamaño, lo que afirma que probará pericialmente en el momento procedural oportuno. En todo caso sostiene que el facultativo está obligado

a prescribir pruebas complementarias demandadas por el paciente.

- Señala que la defectuosidad en el funcionamiento del servicio deriva de la no práctica de un diagnóstico adecuado que esclareciese la existencia de un proceso un proceso expansivo tumoral, que gracias a la insistencia del que suscribe no ha devenido a peor.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 27 de septiembre de 2004, desestima la reclamación por no concurrir los requisitos exigidos para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial.

OCTAVO.- Con fecha 14 de octubre de 2004, 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 Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

El reclamante ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva, si bien la acción se dirigió a la Administración entonces competente en la gestión del centro sanitario presuntamente causante de la lesión (Administración General del Estado), sin embargo, al haberse transferido a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud por Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, con efectividad a partir de 1 de enero de 2002, la Administración regional ostenta tal legitimación, dando por reproducidas las consideraciones del Dictamen núm. 65/02 del Consejo Jurídico.

Por último, resta por analizar si la reclamación se ha presentado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC o, por el contrario, dicha acción habría prescrito teniendo en cuenta que la actuación sanitaria en relación con el paciente a la que se achaca un funcionamiento anómalo se produjo en el año 1999, y la acción se ejercitó por el interesado el 8 de agosto de 2001 (fecha de registro de entrada). Si bien es cierto que podría sostenerse que la acción se habría ejercitado extemporáneamente si se tiene en cuenta que la consulta al traumatólogo aconteció en el año 1999, concretamente el 26 de octubre, fecha que es considerada, además, por el reclamante como de alta del citado facultativo de la sanidad pública, sin embargo, se coincide con el órgano instructor en que la acción se ha presentado dentro de plazo puesto que, para el supuesto de daños físicos, aquél comienza a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas, y, en el presente supuesto, fue dado de alta en la clínica privada en la que fue diagnosticado de un neurinoma, e intervenido el 27 de febrero de 2001, fecha que se considera *dies a quo* para el ejercicio de la acción (folio 7).

TERCERA.- Procedimiento.

Aunque el reclamante ha solicitado como cuantía indemnizatoria los gastos ocasionados por su intervención en una clínica privada, ha utilizado como cauce para su reparación el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, y no el medio de reparación específica encaminado al reintegro de gastos por utilización de medios ajenos a la Seguridad Social, que circunscribe tal

posibilidad (artículo 5 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones del Sistema Nacional de Salud) a los supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, circunstancias que no concurren en el presente supuesto, y así lo ha entendido el reclamante, al no haber acudido al citado régimen de prestación de reintegros de gastos ocasionados por asistencia sanitaria privada. En todo caso, para el éxito de la acción de responsabilidad ejercitada es preciso que concurren los requisitos previstos en el artículo 139 y ss. LPAC (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4^a, de 24 de noviembre de 1999 y Dictamen núm. 2850/2003 del Consejo de Estado), cuya acreditación será objeto de análisis en la siguiente Consideración.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. En relación con la compañía aseguradora del ente público, se le ha tenido como parte interesada en el expediente puesto que: 1º) se le trasladó inicialmente la reclamación presentada (folio 29); 2º) ésta fue valorada por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil del Insalud (folio 40); y 3º) se le remitió copia del expediente completo una vez concluida la instrucción (folio 42). No obstante conviene recordar la doctrina del Consejo Jurídico sobre la condición de parte interesada de las compañías aseguradoras a efectos del otorgamiento del correspondiente trámite de audiencia (Dictamen núm. 5/1999).

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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

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

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo 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 e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del 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 una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para 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 (SAN, Sección 4^a, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002).

Por lo tanto, ha de examinarse en el presente supuesto si, como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios, se ha producido el daño que el interesado alega (es decir, el perjuicio económico resultante de acudir a la medicina privada para la intervención quirúrgica a la que se sometió). Pues bien, desde esta perspectiva, comparte el Consejo Jurídico la propuesta desestimatoria, por considerar que no concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria si atendemos a los hechos probados en el expediente:

1º. El paciente acudió a consultas de atención primaria de Cartagena el 5 de julio de 1999, aquejado de un dolor agudo en la zona lumbar, siendo remitido al servicio de traumatología del Hospital Santa María del Rosell, cuyo facultativo D. P. S. P. le examinó, por primera vez, el 8 de julio siguiente, por presentar lumbociatalgia izquierda por traumatismo de 3 años. Se aprecia en la radiología un pinzamiento en L5-S1, por lo que ese mismo día se le prescribió tratamiento analgésico y reposo y se pidió un TAC por parte de dicho especialista (folio 19).

2º. El 26 de octubre del mismo año acude de nuevo a la consulta con el resultado del TAC: "protusión discal L4-L5 y conducto de dimensiones dentro de la normalidad" (folio 22), prescribiéndole el especialista un tratamiento, siendo remitido a su médico de zona (folio 23).

3º. A partir de esta última fecha y durante el año 2000 no vuelve a acudir al servicio de traumatología del hospital público para ser examinado de nuevo. Sí consta, por el contrario, que acude el 21 de noviembre del 2000 a una clínica privada, donde se le diagnostica de neurinoma de la cola de caballo a nivel de D12-L1 de 2 centímetros de diámetro, siendo intervenido en dicha clínica el 20 de febrero de 2001 (folios 13 y 14).

4º. El 27 de julio de 2001 acude de nuevo al servicio de traumatología del Hospital del Rosell, por presentar lumbalgia y sensación de pérdida de fuerza en miembro inferior izquierdo, donde se le solicita una RMN y se le remite al neurocirujano (folio 19).

A la vista de los hechos relatados, se coincide con el Inspector Médico (folio 36) que, cuando el paciente acude a la clínica privada el 21 de noviembre de 2000, había transcurrido un año sin que éste hubiera solicitado los servicios del sistema sanitario público, pues la última visita al servicio de traumatología del Hospital del Rosell data de 26 de octubre de 1999 y, como señala dicha Inspección (folio 37), la persistencia de la sintomatología debería haber conducido al paciente a los médicos de la sanidad pública, quienes hubieran tenido la posibilidad de ampliar sus estudios y llegar finalmente a un diagnóstico preciso. Por otra parte, tampoco el reclamante ha acreditado, a pesar de sus manifestaciones en el sentido de que lo probará pericialmente (folio 49), de que tenía tal tumoración en la fecha en que se le realizó el TAC de la columna lumbar (el 12 de agosto de 1999) y, por el contrario, tanto el facultativo de la sanidad pública como el Inspector Médico han manifestado la posibilidad de que pudiera haber surgido con posterioridad a la precitada actuación sanitaria pública. En todo caso, las manifestaciones del reclamante sobre la quiebra de la *lex artis* por error de diagnóstico, y no haber puesto la sanidad pública todos los medios a su alcance, no van acompañadas de diligencia probatoria alguna, cuando a él le corresponde probar la relación de causalidad, y los únicos informes médicos que se disponen en el expediente no evidencian la inadecuación de la actuación sanitaria en aquel momento, de acuerdo con las pruebas que obraban en poder de la sanidad

pública. A este respecto, resulta de interés traer a colación el fundamento séptimo de la SAN, de 27 de junio de 2001, sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria: "Que corolario de lo dicho es que quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos, todo lo cual lleva a desestimar la demanda".

En relación con otras manifestaciones del reclamante sobre los medios que dispone un paciente cuando no está de acuerdo con el facultativo de la sanidad pública y quiere tener otra segunda opinión, conviene traer a colación lo señalado por el órgano instructor en la propuesta de resolución (folio 63): "Que ante la disconformidad con el diagnóstico y/o tratamiento impuesto, el reclamante podía haberlo puesto en conocimiento de la Entidad Gestora, quien le hubiera proporcionado una segunda opinión dentro del sistema público, práctica que resulta bastante frecuente. Que de la documentación obrante en el expediente administrativo se desprende que no existe una causa que justifique el abandono por el reclamante de los servicios públicos para recibir tratamiento en la medicina privada, habiendo sido la asistencia sanitaria prestada dentro del criterio de normalidad en que consiste la *lex artis*".

Por último, en lo que respecta a la cuantía indemnizatoria, se produce una ausencia total de prueba por parte del interesado sobre las distintas partidas que integran el *quantum* reclamado. En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.-Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado la existencia de nexo causal entre la actuación del servicio público sanitario y los daños alegados por el reclamante, cuya cuantía tampoco se acredita.

No obstante, V.E. resolverá.