



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **78/2012**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 28 de marzo de 2012, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Sanidad y Política Social (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 13 de julio de 2011, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **181/11**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de febrero de 2009, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS), por la defectuosa asistencia sanitaria recibida en el Hospital Rafael Méndez (HRM), de Lorca (Murcia).

Según relata la interesada el día 3 de julio de 2007 fue intervenida quirúrgicamente en la Clínica Virgen del Alcázar de Lorca de un Neuroma de Morton en el pie izquierdo, pero a pesar de ello seguía sintiendo molestias por lo que, el día 18 de enero de 2008, en el HRM se le practicó infiltración y se le indicó la posibilidad de realizar nueva intervención quirúrgica, aunque, dice la reclamante, en este caso en el pie derecho. Tras permanecer en lista de espera varios meses se extendió, por el Dr. x, la orden de ingreso en la que, erróneamente, se hizo constar que la operación se tenía que realizar sobre el pie izquierdo. Advertido el facultativo por la propia interesada de dicho error procedió a su subsanación, corrigiendo la indicación de pie izquierdo por la de pie derecho. A efecto de prueba de esta concreta alegación une ambas órdenes de ingreso (la primera y la corregida). Finalmente la operación se llevó a cabo el 27 de octubre de 2008 y aunque la reclamante hizo constar en el mismo quirófano que el pie que tenían que intervenir era el derecho, cuando se despertó de la anestesia pudo comprobar que lo habían hecho del pie izquierdo.

La x alega que esta equivocación fue el corolario de un cúmulo de errores que se cometieron a lo largo de su proceso patológico y que describe en su escrito. Errores como el recomendarle que dejara de tomar una medicación que ella no usaba; que cuando se le realizó el preoperatorio el anestesista le dijera que iba a intervenirla un ginecólogo; que cuando ingresara en el HRM en enfermería se anotara que no llevaba los documentos de consentimiento informado, ni preoperatorio y

que, además, el número de afiliación a la seguridad social que figuraba en la documentación era erróneo.

Sigue manifestando la reclamante que con el tiempo no sólo no ha mejorado de sus dolencias sino que, en el momento de iniciar este expediente, las electromiografías que le han realizado evidencian que padece dos neuromas de Morton en el pie izquierdo y tres en el pie derecho, por lo que aún continua imposibilitada no sólo para desempeñar su actividad laboral habitual, sino para llevar a cabo las tareas de su vida cotidiana y sufriendo fuertes dolores.

Considera la interesada que el perjuicio que se le ha ocasionado ha de ser reparado con la correspondiente indemnización que no cuantifica aún por el hecho de permanecer todavía en situación de incapacidad transitoria y no haberse recuperado totalmente de sus dolencias, aunque señala que la curación no será posible y que lo único que ocurrirá será que las lesiones que padece, crónicas y degenerativas, se estabilicen.

Propone como medios de prueba los siguientes:

1. Documental, consistente en dar por reproducidos los documentos que acompaña a su escrito, así como los que conformen su historia clínica.
2. Testifical de los Dres. x, traumatólogo; x, anestesista y x, perteneciente al URPA; así como de su marido, x.

Finaliza su escrito solicitando que se *"dicte Resolución concediendo indemnización en la cuantía que se establecerá una vez resuelta la incapacidad, valorándose los días en situación de incapacidad laboral transitoria, así como las secuelas que padezca, ésta calculada de forma objetiva conforme a baremo, acreditada y suficientemente documentada"*.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del referido Ente, que procede a recabar de los centros sanitarios que intervinieron en el proceso patológico de la paciente su historia clínica, así como los informes de los facultativos que la atendieron.

TERCERO.- Como consecuencia del anterior requerimiento se incorporan al expediente las historias clínicas de la x enviadas por el Hospital de Molina, HRM, Centro Médico Virgen del Alcázar e--. Junto con la historia el HRM remite dos informes del traumatólogo de dicho Hospital, Dr. x, según el siguiente detalle:

- Informe de 30 de marzo de 2009.

"Como respuesta a la reclamación interpuesta por x, en la que refiere que se le ha intervenido el pie izquierdo cuando ella quería intervenir el pie derecho, le informo que desde el primer momento e incluso antes de la inclusión en lista de espera la programación estaba hecha para dicho pie izquierdo incluida historia clínica y hoja de inclusión por lo que no encuentro razón para dicha reclamación".

- Informe de 18 de mayo de 2009.

"En respuesta a la reclamación interpuesta por x, le informo que dicha paciente acudió a consulta externa de Traumatología tras ser intervenida en centro médico Virgen del Alcázar en Julio de 2007 de un neuroma de Morton en tercer espacio interdigital presentando intenso dolor a nivel de la zona de la intervención, que se infiltró sin conseguir mejoría, por lo que fue incluida en lista de espera para nueva intervención el 18-1-08, especificándose en el documento de inclusión que se trataba del pie izquierdo. En la misma consulta y en el momento de la inclusión la paciente también firma el consentimiento informado para la intervención donde consta también el pie izquierdo, así como en la historia clínica realizada para la intervención. Es por este motivo por el que no encuentro razón para dicha reclamación".

CUARTO.- El órgano instructor dirige escrito a la reclamante en relación con las pruebas propuestas en el que, tras declarar la pertinencia sobre la documental, rechaza la testifical con base a la siguiente argumentación:

"En cuanto a la prueba testifical propuesta, de declaración de los facultativos que participaron en las intervenciones quirúrgicas a que se sometió, se estima innecesaria, toda vez que se ha solicitado informe a los mismos, sobre el contenido de su reclamación; informes que han sido emitidos e incorporados al procedimiento, y de los que podrá tomar vista, en cualquier momento.

Por lo que se refiere a la prueba testifical, consistente en declaración de su marido, x, que le acompañaba durante el período en que estuvo ingresada en las dos ocasiones, a que se refiere en su reclamación, se estima también innecesaria, toda vez que los hechos controvertidos son de carácter eminentemente médico, y se considera que dicha declaración, no aportaría nada nuevo al procedimiento".

QUINTO.- La compañía aseguradora del SMS aporta dictamen médico elaborado colegiadamente por tres facultativos, en el que tras formular las consideraciones que estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

"1. x fue operada de un neuroma de Morton de pie izquierdo, para lo que había sido programada.

2. En todo el estudio documental no figura que fuese el pie derecho el que tenía que ser intervenido. No hay tampoco constancia documental de que la paciente comunicase al Personal Sanitario que debía de ser operada del pie derecho. De haberse dado esta circunstancia se hubiera interrumpido la cirugía ya que desde enero del 2006 no figuran datos en la historia de que tiene que operarse del pie derecho. Ni tampoco consta en la fecha reseñada que el pie derecho fuera susceptible de tratamiento quirúrgico.

3.- No ha existido error quirúrgico con constancia documental. Se ha actuado según *lex artis ad hoc*".

SEXTO.- Solicitado con fecha 25 de junio de 2009 informe a la Inspección Médica, se evacua el día 14 de marzo de 2011, con las siguientes conclusiones:

"1. x, presentaba Neuroma de Morton en ambos pies. El derecho era conocido desde enero de 2006 y el izquierdo fue diagnosticado, por los especialistas dependientes del H. Rafael Méndez de Lorca, mediante la exploración y las pruebas complementarias, incluida la EMG.

2. Por los traumatólogos del Hospital Rafael Méndez de Lorca, se le infiltra el pie izquierdo, se le prescriben barras metatarsianas y se le incluye en lista de espera quirúrgica, para operar Neuroma de Morton de dicho pie. Es intervenida en el Hospital Virgen del Alcázar el 3/07/2007.

3. Tras ser intervenida, es atendida de nuevo en Traumatología del H. Rafael Méndez, sigue doliendo el pie, se le infiltra el pie izquierdo, y se recoge que se revisará en un mes y que se valorara incluir en LEQ para pie derecho. Nunca se incluye para operar el pie derecho.

4. Al mes cuando es revisada, presenta ?Intenso dolor en la zona de intervención, se pone en lista de espera para exéresis y limpieza de la zona cicatricial?. La paciente firma el documento de consentimiento informado, para la intervención de Neuroma de Morton en pie izquierdo, que era el pie donde estaba la cicatriz por la intervención anterior.

5. La constancia documental de que se tratara del otro pie (el derecho), que nos aporta la solicitante, es un documento de inclusión en lista de espera, que está corregido y sobre la letra "I" se pone una "D" seguido de las letras "erecho". Aunque este documento hubiera sido corregido por el traumatólogo, como refiere la solicitante, la indicación que se hace en la historia clínica, es para intervenir del pie izquierdo.

6. En la historia clínica del ingreso hospitalario, se encuentran la historia actual, las hojas de anestesia y la orden de intervención, según lo reflejado por la enfermería. En el documento de la orden de intervención pone: Neuroma de Morton pie izquierdo.

7. Durante el ingreso no consta ninguna queja de la paciente, al percatarse del supuesto error.

8. En las revisiones que se le hacen por parte de los facultativos de --, es en la tercera visita, cuando se recoge por primera vez, el supuesto error en la intervención.

9. En febrero del año 2010 se interviene la paciente del otro pie, el derecho, en el Hospital Virgen del Alcázar de Lorca y en abril es revisada su situación de IT por el INSS. Se emite alta laboral, con fecha de efectos 5 de mayo de 2010".

Junto a su informe la Inspección Médica remite una serie de documentos relativos al proceso patológico de la x producidos con posterioridad a la presentación de la reclamación. Entre ellos figuran los siguientes:

1. Informe Médico de evaluación de incapacidad temporal, en el que se considera estabilizada la patología de la paciente y se indica la reincorporación a su actividad laboral.

2. Alta médica firmada por la Inspectora médica, Dra. x, de fecha 5 de mayo de 2010.

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a las partes, aseguradora y reclamante, ninguna de ellas hace uso del mismo al no comparecer ni formular alegación alguna.

Seguidamente se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos necesarios para la declaración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues no se ha acreditado el nexo de causalidad entre los daños sufridos y la actuación de los servicios sanitarios.

OCTAVO.- En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 13 de julio de 2011.

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 (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública del servicio sanitario al que se imputan los daños.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP.

TERCERA.- Sobre la temporaneidad de la acción.

En cuanto al ejercicio de la acción, y para el computo del plazo de un año prevenido en el artículo 142.5 LPAC, se ha de atender al tipo de daño alegado por la reclamante y, en este sentido, se ha destacar la falta de concreción que sobre dicho aspecto se detecta en su escrito inicial. En efecto, si nos atenemos a los términos en que aparece redactada la reclamación, la actuación médica a la que se imputan los daños consistiría en el error que se cometió en la intervención quirúrgica a la que fue sometida el día 27 de octubre del 2008, ya que la misma tuvo por objeto el pie izquierdo cuando, en realidad, tendrían que haberla operado del pie derecho, pero, a partir de ese momento, no queda claro si la x reclama por el perjuicio que le pudo suponer verse sometida a una operación que no precisaba o

bien lo hace por el empeoramiento de la dolencia que presentaba en el pie derecho como consecuencia de no haberla intervenido en su momento o, incluso, si lo hace por ambos conceptos.

Pues bien, para el primer supuesto el *dies a quo* para el ejercicio de la acción sería, en principio, aquél en el que la paciente tiene conocimiento del, a su juicio, error cometido, y tal circunstancia, conforme manifiesta la interesada en su reclamación, coincide con la fecha de la intervención quirúrgica, pues la *x afirma "al despertarme de la anestesia, compruebo ante mi estupor y sorpresa que erróneamente han procedido a intervenir quirúrgicamente el pie izquierdo y no el derecho"*. No obstante, cabría diferir dicho momento a la fecha en que pudo considerarse recuperada de los efectos estrictamente quirúrgicos de la intervención, momento que, según se desprende del informe de alta médica hospitalaria obrante al folio 27, podría fijarse transcurridas tres semanas desde el día 28 de octubre de 2007, fecha de dicha alta, con lo que la reclamación interpuesta el día 24 de febrero de 2009, estaría prescrita.

Sin embargo, si consideramos que los daños por los que se reclama se concretan en el empeoramiento de sus dolencias como consecuencia del error médico, el *dies a quo* coincidiría con el de la alta médica que se produjo, según documentación incorporada por la Inspección Médica, el día 5 de mayo de 2010, y, en consecuencia, la acción habría de reputarse temporánea.

En los supuestos en los que, como el presente, existe duda para pronunciarse sobre la admisibilidad temporal de la acción ejercida, es fácil observar una clara tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Consejo de Estado y de este Órgano Consultivo favorable a interpretar de manera flexible el requisito de orden temporal exigible para que prospere una reclamación de daños y perjuicios dirigida contra la Administración, interpretación antiformalista que se inspira en el principio *in dubio pro actione* (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1993 y 24 de febrero de 1994; Dictámenes del Consejo de Estado de 12 de mayo de 1994 y 17 de octubre de 1996; y Dictámenes del Consejo Jurídico, por todos, el 8/2004), así que, en aplicación de esta jurisprudencia y doctrinas, se coincide con la propuesta de resolución que considera interpuesta en plazo la reclamación.

CUARTA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial 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, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas, y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

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 debe esperar de los poderes 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, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle 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; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad, y 4 y 10 de la Ley 41/2002); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

QUINTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

I. Aunque sin concreción de los daños que se imputan originados por la conducta que se denuncia, la reclamante sí deja claro que aquélla consistiría en un error cometido en la intervención

quirúrgica que se realizó en relación con su pie izquierdo cuando tendrían que haberlo hecho sobre el derecho.

Pues bien, la reclamante no aporta informe médico alguno en que basar sus afirmaciones, sin que tampoco la documentación obrante en las historias clínicas aportadas por los distintos centros sanitarios en los que recibió atención, respalde tal teoría.

Sin embargo, la Inspección Médica, tras un análisis pormenorizado de la documentación en la que aparece reflejado el proceso asistencial recibido por la paciente, concluye que se intervino el pie que procedía. En este sentido, el informe de dicha Unidad médica señala que tras la intervención quirúrgica que se llevó a cabo en la Clínica Virgen del Alcázar, la paciente fue nuevamente asistida por el servicio de traumatología del HRM, porque le seguían doliendo ambos pies. Tras infiltración del pie izquierdo el traumatólogo le propone revisión en un mes y valorar la posibilidad de operar el pie derecho, pero en ningún momento consta que dicha valoración se llevara a cabo. En la siguiente cita, es decir, el 18 de enero de 2008, la paciente refiere intenso dolor en la zona de la intervención que no cede con infiltraciones; en la historia se recoge que la cicatriz está en la zona de carga y que se anota en lista de espera para exéresis y limpieza de la zona cicatricial, lo que sólo puede llevarse a cabo sobre el pie que ya se había operado, es decir, el izquierdo. A este respecto añade la inspectora actuante que en la orden de ingreso que figura en la historia clínica, consta claramente que el pie a operar era el izquierdo y en cuanto al documento corregido que aporta la paciente, no está acreditado que la enmienda la realizase el médico como ella señala, pero, aun admitiendo a efectos puramente dialécticos que así fuese, el error se habría cometido en esta última actuación, pues está meridianamente claro que la intención del facultativo era operar el pie izquierdo, porque sólo sobre éste se podía limpiar la zona cicatricial. Abunda en el acierto de esta última afirmación el hecho de que tanto en el consentimiento informado firmado por la paciente (folio 84), como en el documento de orden de intervención programada (folio 83), se hace referencia al pie izquierdo. Tampoco aparece documentado que la paciente hiciese constar el error que, según ella, se había cometido, y así se constata que la única anotación que al respecto aparece en las distintas historias clínicas es la que se recoge en la remitida por -- y está claro que es una mera reproducción de lo manifestado por la reclamante. Finalmente, cabe señalar que en las observaciones acerca del curso clínico (folio 80) se hace constar que en la intervención se había localizado el neuroma del tercer espacio interdigital, extirpándolo, lo que demuestra que la intervención quirúrgica sobre el pie izquierdo estaba fundada.

En este mismo sentido se manifiesta la aseguradora del SMS cuando afirma que

"El pie operado, es decir, el pie izquierdo, es el pie que figura en toda la documentación existente en el proceso evolutivo de la enfermedad. Solo figura la existencia de un neuroma de pie derecho, diagnosticado por EMG el día 26 de enero. En la RM de pie derecho, (31-1-07), el resultado es normal.

El pie izquierdo presenta neuroma de morton según EMG de 16 de febrero de 2006. La RM de pie izquierdo normal con geoda en el primer meta. En documentación registrada con fecha 31 de enero de 2007, se dice que el plan es operar el pie izquierdo".

Por todo lo anterior, no puede considerarse acreditado que existiese un anormal funcionamiento del servicio público sanitario, pues la intervención del pie izquierdo se correspondía con lo programado y, además, aparece totalmente justificada, sin que las complicaciones que la paciente sufrió con posterioridad puedan ser imputadas a dicha operación, sino a la evolución de las dolencias que padecía en ambos pies

II. Aunque los daños que la reclamante alega sufrir no se concretan debidamente, puede colegirse fácilmente que se refieren a la tórpida evolución de las dolencias que padecía, pero la documentación incorporada por la Inspección Médica, frente a cuyo contenido se aquieta la interesada al no formular alegación alguna en el trámite de audiencia, acredita que la misma fue dada de alta sin secuelas el día 5 de mayo de 2010.

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, toda vez que no han quedado acreditados en el expediente la concurrencia de los requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

No obstante, V.E. resolverá.