



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 243/2013

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 9 de septiembre de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmo. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 5 de febrero de 2013, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 34/13), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de septiembre de 2011, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional por los daños que dice haber sufrido a consecuencia de la asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud.

Relata la interesada que, el 4 de mayo de 2004, sufrió un accidente laboral al tropezar con un cubo de agua mientras realizaba su trabajo de limpiadora, siendo asistida por su Mutua "--". Se le diagnostica tendinitis bicipital derecha, parestesias en dedos de mano derecha y posible túnel carpiano. Se le aplica tratamiento rehabilitador y fisioterapéutico y recibe el alta el 3 de junio de 2004.

Como no mejoraba sino que, antes al contrario, empeoraba, fue intervenida en el Hospital "Santa M^a del Rosell" de Cartagena, en noviembre de 2006, por rotura parcial del manguito de los rotadores derecho. Aunque recuperó la movilidad continuaba con dolores, por lo que, al sufrir una nueva rotura del manguito de los rotadores del hombro derecho, volvió a ser intervenida en febrero de 2011. Tras esta segunda operación indica que ha perdido la movilidad en el brazo, sufre intensos dolores y no puede trabajar.

Por último, señala que se le ha soltado uno de los tornillos que le colocaron y tendría que someterse a una tercera intervención.

Considera que se produjo una defectuosa asistencia sanitaria e invoca la doctrina relativa al principio "*res ipsa loquitur*", al considerar que el pronóstico de la tendinitis bicipital es bueno, por lo que si quedan secuelas de la entidad de las que ella padece es porque algo no se hizo bien. La mera existencia de los daños que padece indica que hubo una defectuosa asistencia sanitaria. Añade, asimismo, que no se le dio un consentimiento informado

ajustado a la Ley de Autonomía del Paciente, por lo que en ningún momento asumió el riesgo de los daños que padece.

Solicita ser indemnizada con 115.000 euros en concepto de secuelas, incapacidad temporal, "gastos del proceso" y "perjuicios causados a la familia".

Dicha cuantificación se apoya en informe pericial evacuado por un médico valorador del daño corporal, que alcanza las siguientes conclusiones:

- "a) x padece un cuadro clínico de evolución crónica en la actualidad, consistente en un Trastorno Ansioso-Depresivo reactivo, a la no aceptación del incremento significativo de su minusvalía, así como al aumento de su dependencia a terceros, para las actividades de la vida diaria.
- b) Según Baremo del daño corporal, publicado en BOE de Noviembre de 2004, y por extrapolación tablas AMA, podemos integrar las patologías padecidas por la referencia, sumando en su totalidad un 47%, integrando factores de corrección sociales.
- c) La variación significativa de la valoración última elaborada por cuerpo de inspectores del IMAS, con fecha Febrero de 2011, que otorgó un 33% de minusvalía, se debe a que no tuvieron en cuenta, por ocurrir con posterioridad, las complicaciones ocurridas consecuencia de la segunda intervención, realizada en esta fecha.
- d) Los nuevos cambios a tener en cuenta desde la última valoración por IMAS, y que no son susceptibles de mejoría por agotar todas las actitudes terapéuticas, son:

Aumento significativo de impotencia funcional en brazo derecho, que ahora es prácticamente total, como se aprecia en exploración y traducción porcentual descrita anteriormente.

Aparición concomitante de un trastorno adaptativo mixto, que en un futuro podrá mejorar, con adecuado tratamiento psiquiátrico y psicológico".

Asimismo, aporta junto a la reclamación documentación relativa al grado de discapacidad reconocido por el Instituto Murciano de Acción Social el 11 de febrero de 2011.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de septiembre de 2011, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta Resolución de admisión a trámite y ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del indicado Ente Público sanitario.

Por el órgano instructor se procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al tiempo que da traslado de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

Del mismo modo, recaba de la Gerencia del Área de Salud II (Cartagena) y de la Mutua "--" una copia de la historia clínica y el informe de los facultativos actuantes.

TERCERO.- La Gerencia de Área II remite la historia clínica de la paciente el 18 de octubre de 2011, pero no así el informe de los profesionales que asistieron a la paciente, a pesar de haberse reiterado la petición de los mismos el 22 de noviembre de 2011 y el 11 de enero de 2012.

CUARTO.- El 17 de febrero de 2012, se solicita informe a la Subdirección de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria (Inspección Médica).

En esa misma fecha se envía copia del expediente a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

QUINTO.- El 9 de julio de 2012 se remite copia del expediente a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia por haberse interpuesto recurso e iniciado el Procedimiento Ordinario 243/2012.

SEXTO.- Se reitera la petición realizada a la Mutua y también se solicita a la Gerencia de Área II que complete la historia clínica de la paciente con la historia de atención primaria y las radiografías postoperatorias. Una vez recibida esta documentación, es remitida a la Inspección Médica y a la compañía de seguros el 17 de septiembre de 2012.

SÉPTIMO.- Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta al procedimiento informe pericial realizado por un especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, que finaliza con las siguientes conclusiones:

"- Que x sufrió una rotura del manguito de los rotadores derecho en 2005.

- Que tras tratamiento médico sin resultado fue intervenida el 27-11-06 mediante reparación del manguito y acromioplastia.

- Que la indicación fue correcta y la técnica utilizada fue la habitual.

- Que el deterioro del manguito continuó su evolución pese a la intervención, lo que ocurre con bastante frecuencia dado que se trata de un proceso degenerativo.

- Que el 7-5-10 se diagnosticó mediante RNM la rotura completa de los manguitos de ambos hombros, por lo que a la paciente se le reconoció una discapacidad del 28%.

- Que el 24-2-11 se realizó nueva intervención quirúrgica sobre hombro derecho.

- Que ante el estado irrecuperable del manguito fue precisa una plastia del tendón del dorsal ancho que se ancló mediante arpones.

- Que dos meses después se produjo la desinserción de uno de los arpones.

- Que no parece que el desanclaje del arpón se produjera por un incorrecto anclaje del mismo y que no podemos valorar la existencia de una osteoporosis que facilitara su desanclaje basándonos en el examen de las radiografías aportadas".

OCTAVO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, no consta que hayan hecho uso del mismo.

NOVENO.- Con fecha 23 de enero de 2013, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pues los daños alegados no pueden ser conectados causalmente con el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. Considera, además, que habría prescrito el derecho de la paciente a reclamar por los daños derivados de las actuaciones habidas durante los años 2004 y 2005, toda vez que como consecuencia de ellas se produjo la rotura de los manguitos rotadores, quedando plenamente establecida y determinada esta patología en los años 2009 y 2010.

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 5 de febrero de 2013.

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 142.3 LPAC y el 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

1. Cuando de daños físicos o psíquicos se trata, la legitimación activa para reclamar su indemnización reside originariamente en la persona que los padece, a quien ha de reconocerse la condición de interesada ex artículos 31 y 139 y siguientes LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en cuanto titular del servicio de asistencia sanitaria a la población a cuyo anormal funcionamiento se imputa el daño, que la interesada considera causado por la asistencia prestada en centros de titularidad pública y con medios materiales y humanos de la misma Administración.

2. La acción resarcitoria ha de entenderse ejercitada antes del transcurso del plazo anual que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo coincide con el momento de la curación o de estabilización y determinación del alcance de las secuelas. En el supuesto sometido a consulta, cuando se formula la reclamación en septiembre de 2011 todavía no había transcurrido un año desde la última intervención (febrero de 2011) padecida por la interesada para intentar resolver sus problemas articulares en el hombro, por los que reclama y que imputa a la atención sanitaria recibida en los años 2004 y, sobre todo, 2006, en que fue intervenida quirúrgicamente.

No procede hacer pronunciamiento alguno, en este momento, sobre la prescripción que se plantea en la propuesta, hasta que se complete el expediente en los términos que se expresa en la Consideración siguiente.

TERCERA.- De la necesidad de completar la instrucción con el informe de la Inspección Médica.

En línea con las observaciones realizadas en nuestro Dictamen 193/2012, considera el Consejo Jurídico que, en el supuesto sometido a consulta, procede esperar a la emisión del informe de la Inspección Médica antes de resolver el procedimiento.

En el precitado Dictamen señalamos:

"Se advierte sin dificultad el carácter necesario del informe de la Inspección Médica en el seno de los procedimientos de responsabilidad patrimonial como el presente, en atención a su carácter técnico y por la

especial imparcialidad y objetividad a que vienen obligados los inspectores en la valoración de los hechos y actuaciones sanitarias implicadas en el proceso asistencial del que derivan los daños por los que se reclama en este tipo de procedimientos indemnizatorios. Tales características han llevado a este Consejo Jurídico a dotar a este informe de un singular valor de prueba, incluso frente a las periciales de parte aportadas al procedimiento por los interesados.

En atención a lo expuesto, es evidente que la decisión de continuar el procedimiento hasta su resolución sin contar con este informe ha de ser adoptada con extrema precaución, pues su omisión podría dejar huérfana de apoyo técnico la decisión del procedimiento, la cual ha de adoptarse necesariamente atendiendo a los parámetros técnicos que constituyen la denominada "lex artis ad hoc", cuyo análisis deviene esencial para establecer la existencia de relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño alegado, así como la antijuridicidad del mismo.

Es cierto que, como apunta la propuesta de resolución, este Consejo Jurídico ha indicado la procedencia de continuar el procedimiento cuando, solicitado un informe preceptivo y determinante como el del Servicio al que se imputa el daño (art. 10.1 RRP), dicho informe no se emite en el plazo señalado y transcurre, además, el máximo de suspensión del procedimiento previsto para estos supuestos en el artículo 42.5, letra c) LPAC. Sin embargo, han de ponerse de manifiesto las sustanciales diferencias que existen entre los informes del indicado Servicio y el de la Inspección Médica.

En el primero de ellos, normalmente el informe es emitido por el médico o médicos actuantes, a cuya intervención sobre el paciente, por acción u omisión, se imputa el daño por el que se reclama. Este informe cabe calificarlo de determinante, en la medida en que es necesario conocer las variables que manejó el facultativo en orden a la decisión técnica adoptada respecto del paciente y para alumbrar acerca de las circunstancias que rodearon el acto médico en cuestión y pudieron no reflejarse en la historia clínica. Ahora bien, no ha de olvidarse que, en la medida en que la reclamación se basará, en la mayoría de las ocasiones, en una imputación de actuación incorrecta, la visión que de ésta ofrezca el facultativo a quien se imputa el daño no puede considerarse imparcial y objetiva, toda vez que, de ordinario, la acción resarcitoria pondrá en duda su buen hacer profesional.

Por el contrario, el informe de la Inspección Médica sí reúne esas cualidades de imparcialidad y objetividad que lo dotan de un especial valor probatorio y que permiten al órgano competente para resolver efectuar el juicio determinante de la decisión del procedimiento, que no es otro que establecer si se ha incurrido o no en mala praxis. La presencia de este informe en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria permite, además, relativizar la ausencia de ese otro informe preceptivo y determinante que es el del servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño, toda vez que, a pesar de la omisión de éste, la valoración inspectora nutre el expediente de elementos técnico-médicos de juicio suficientes para motivar la decisión que el órgano competente para ello finalmente adopte, como se apuntaba en nuestros Dictámenes 176/2003 y 137/2004.

*Las mismas características que hemos predicado del informe de la Inspección Médica determinan que la visión técnica de la asistencia prestada al paciente que dicho órgano ofrece no puede ser suplida con plenitud de garantías por el informe pericial de la aseguradora del ente público sanitario, máxime en aquellos procedimientos en los que los reclamantes traigan a su vez al procedimiento una pericia médica, pues en tales casos, se condena al órgano decisor, *lego en Medicina*, a dirimir entre dos pericias de parte sin el apoyo del informe de la Inspección".*

Concluimos que sólo cabrá continuar los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial, una vez transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto en el artículo 42.5, letra c) LPAC sin que se haya evacuado el

informe preceptivo y determinante, cuando en el expediente existan suficientes elementos de juicio para adoptar la decisión que resuelva el procedimiento, pues de lo contrario la Administración no podría resolver expresamente sobre el fondo hasta tanto no fueran emitidos aquellos informes y cumplidos los demás trámites preceptivos.

En aplicación de esta doctrina, hemos admitido la continuación del procedimiento sin esperar a la evacuación del informe inspector cuando en el expediente obraban, además de la pericia de la aseguradora, el otro informe preceptivo y determinante de la resolución, como es el del servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño y que exige el artículo 10.1 RRP, y ello siempre que la parte actora no aportara a su vez una pericial que discutiera las apreciaciones técnicas contenidas en los anteriores. También hemos reconocido la posibilidad de continuar el procedimiento sin que, a pesar de su solicitud, se haya llegado a evacuar el informe del Servicio al que se imputa el daño, cuando sí se ha emitido y consta en el expediente el informe de la Inspección Médica. Pero lo que no resulta admisible es que pueda llegar a formularse la propuesta de resolución sin que se haya llegado a expedir ninguno de los indicados informes, el de los médicos actuantes y el de la Inspección, pues con ello se desnaturaliza de forma esencial el procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuya fundamentación técnica descansaría únicamente en una pericia de parte interesada, lo que no sólo afecta al principio de objetividad que ha de regir la actuación administrativa, sino también y de manera principal, a la función de garantía del ciudadano que justifica la institución misma de la responsabilidad patrimonial.

Así pues, aun siendo plausible el esfuerzo del órgano proponente para agilizar los procedimientos de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, dicha celeridad e impulso procedural no puede ir en detrimento de los principios indicados, teniendo en cuenta, además, la obligación de la Administración de realizar de oficio aquellos actos de instrucción tendentes a la comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución (artículo 78.1 LPAC). Y, en opinión de este Consejo, ante la inusitada resistencia de los facultativos actuantes a emitir el preceptivo informe acerca de los hechos indicados en la reclamación -a pesar de las reiteradas solicitudes efectuadas por el órgano instructor-, en el presente procedimiento se necesita conocer el parecer de la Inspección Médica, por sus cualidades de imparcialidad y objetividad que lo dotan de un especial valor probatorio, acerca de la praxis médica y de su ajuste o no a la *lex artis*.

En consecuencia, este Órgano Consultivo considera que procede completar de oficio la instrucción, reiterando la solicitud de informe de la Inspección Médica, a la que habrá de recordar la necesidad de evacuarlo en el más breve plazo posible, a la vista del tiempo transcurrido desde el ejercicio de la acción y desde la primera petición de su informe por el órgano instructor (el 17 de febrero de 2012), conforme a las funciones asignadas a aquélla por el Decreto regional 15/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, disponiendo su titular lo necesario para remover los obstáculos que dificulten o retrasen su emisión.

Por otro lado, no habiéndose acompañado por la reclamante, ni en su inicial escrito ni en trámite posterior, documento alguno que acredite de alguna manera la asistencia que, al parecer, se le prestó en el Hospital Santa María del Rosell, de Cartagena, así de baja laboral que debió ser extendido por x, documentos en los que debe constar, amén de la fecha de atención, las lesiones de las que es atendida, al igual que el diagnóstico, y existiendo, no constando, tampoco, en su historia clínica, atención alguna prestada el día 4 de mayo de 2004, como tampoco el 14 del mismo mes y año, e indicándose en el informe del perito médico que acompaña a su inicial escrito, que el accidente acaeció el día 14 y no el 4 de mayo de 2004, fecha esta última que también es destacada pero en sentido distinto al que lo hace la reclamante, el Consejo Jurídico considera que debe requerirse, una vez más, a -- a los efectos y fines que ya vienen acordados por la instrucción; requerimiento que debe efectuarse, además, a la reclamante, a fin de que aporte, dentro del plazo que al efecto se le señale, copia del parte de baja laboral, parte de asistencia médica el día del accidente y parte de alta del proceso de incapacidad temporal que debió expedir -- y que en su escrito de reclamación indica lo fue el 3 de junio de 2004.

Completada la instrucción, habrá de otorgarse un nuevo trámite de audiencia a las partes interesadas y, previa propuesta de resolución, recabarse el Dictamen de este Consejo Jurídico sobre las cuestiones de fondo suscitadas.

También considera el Consejo Jurídico que, en relación con la no evacuación del preceptivo informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño, habría de darse traslado al órgano competente para que se depuren las responsabilidades a que pudiere haber lugar y se eviten en lo sucesivo tales actitudes contrarias a las obligaciones propias de los servidores públicos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Tercera, debiendo elevarse de nuevo para la emisión de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada, previa audiencia a las partes de las actuaciones practicadas.

No obstante, V.E. resolverá.