



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen 194/2014

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 27 de junio de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excma. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 12 de noviembre de 2013, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **374/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 30 de octubre de 2009 según la propuesta de resolución (no es visible la fecha en la reproducción), x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud por los siguientes hechos, según expone:

1º) La reclamante relata que en noviembre de 2008, cuando tenía 49 años, se detectó un bulto en el pecho, por lo que acudió a su médico de atención primaria, que le diagnosticó una mastitis y le prescribió tratamiento antibiótico, pero no una mamografía.

2º) Al no tener mejoría, el 20 de noviembre siguiente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos, de San Javier, donde se le realizó el diagnóstico de mastitis aguda y se le prescribió también antibióticos.

3º) Acudió en otras ocasiones al Servicio Murciano de Salud con el mismo cuadro clínico, sin que se le realizara un diagnóstico correcto.

4º) Como su estado empeoraba, según refiere, el 1 de diciembre de 2008 decidió realizarse una mamografía por su cuenta en una clínica privada (Centro Radiológico --), cuyo resultado fue un diagnóstico con categoría BI-RADS 5, lo que supone hallazgos típicamente malignos con una probabilidad superior al 95%, recomendándose tomar las acciones apropiadas.

5º) Ante la situación descrita y la gravedad de su estado, no recibiendo atención apropiadas por el Servicio Murciano de Salud, no tuvo más remedio que regresar a su país de origen, donde le realizaron el 16 de diciembre de 2008 una serie de pruebas, diagnosticándole un cáncer de mama con metástasis en el grupo de los linfáticos proximales, recibiendo como tratamiento mastectomía radical (el 17/3/2009), poliquimioterapia y radioterapia.

Se desprende del historial que con posterioridad vuelve a España y el día 26 de mayo de 2009 acude a la consulta de atención primaria con los resultados del procedimiento llevado a cabo en su país, siendo derivada al Servicio de Oncología para su seguimiento.

La reclamante imputa al servicio público sanitario un retraso en el diagnóstico y en el tratamiento del cáncer de mama, lo que implica un peor pronóstico de curación y un tratamiento más agresivo con graves secuelas, con la posibilidad de haber evitado la mastectomía radical. Por todo ello solicita una indemnización que cuantifica en 60.080 euros por la realización de la mamografía bilateral y por los daños físicos y morales sufridos.

Acompaña la siguiente documentación a efectos de prueba:

- Informes de las consultas al médico de atención primaria del Servicio Murciano de Salud.
- Informe de alta del Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos, de 20 de noviembre de 2008.
- Informe del Centro Radiológico --, de 1 de diciembre de 2008.
- Factura del Centro Radiológico --, de 1 de diciembre de 2008, por importe de 80 euros.
- Informes médicos de la Sanidad Publica de Ucrania, traducidos al español.

SEGUNDO.- Con fecha 6 de noviembre de 2009, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que es notificada a la reclamante. En la misma fecha se pide documentación al Hospital Los Arcos y a la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena.

Igualmente se dio traslado de la reclamación a la correduría de seguros para su traslado a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- Mediante oficio de 24 de noviembre de 2009, el Jefe de la Unidad Técnica de Admisión y Documentación Sanitaria del Hospital Los Arcos remite la historia clínica y el informe del Dr. x (folio 30), que señala respecto a los hechos reclamados:

"Según consta en el Informe de Urgencias, el día 20/11/08 fue valorada la paciente x por mi persona en el Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos. En él consta que la paciente "acude por enrojecimiento en mama izquierda y periareolar indoloro. Sólo calor local llevando tratamiento con augmentine durante tres semanas. Antecedentes personales patológicos negativos. Se toma la temperatura, siendo en ese momento de 36'9°C.

Tras exploración física, se aprecia en la mama izquierda un enrojecimiento periareolar, muy caliente, indolora, sin adenopatías axilares. Mama derecha sin alteración. Resto de examen físico negativo.

En las pruebas complementarias informo de analítica completamente normal. Ante el cuadro infeccioso que objetivo, y no encontrando respuesta con augmentine, decido administrar una primera dosis de ceftriaxona, 1 gramo intramuscular, y pautar para domicilio la siguiente medicación: Denvar (cefixima) 400 mg cada 12 horas, durante 7 días, ibuprofeno cada 8 horas, reposo físico y seguimiento por su médico, lo cual desconozco si se produjo. Las patologías agudas son de diagnóstico indispensable y completa trazabilidad en una puerta de urgencias, la continuidad y la necesidad de estudios en casos recidivantes o de diagnóstico engorroso cruzan el margen de un diagnóstico urgente y como en este caso tan evidente clínica y analíticamente de una patología aguda como es una Mastitis.

En nuestro hospital funciona una unidad de Mamas si el médico de cabecera sospecha patología mamaria que medite (sic) esta prueba lo derivará, desde los servicios de urgencias no se pueden pedir mamografías ni ecografías de mama urgente.

Ante la exploración negativa de patología tumoral, los hallazgos analíticos negativos y según los protocolos de urgencias se le indica tratamiento y realizar interconsulta con su médico de cabecera como se reflejó en las indicaciones para su seguimiento y se plantea a pie de página viene reflejado que es "IMPORTANTE: Este informe debe entregarse a su MÉDICO DE CABECERA (MUTUA LABORAL MUTUA ACCIDENTE), éste le indicará si debe ser revisado por su especialista de zona y le proporcionará el volante pertinente...".

Desde la Gerencia de Atención Primaria se remite la historia clínica e informe del Dr. x (folio 35), quien señala:

"La paciente fue vista en mi consulta en dos ocasiones anteriores al episodio relativo al cáncer de mama, en enero de 2007 por bursitis trocantérea izda., remitida para control al traumatólogo en marzo del mismo año pero sin que la paciente me informase del resultado de la interconsulta ni de la radiografía prescritas. No obstante el proceso se resuelve favorablemente.

También en febrero de 2008 por una celulitis en MII, resuelta con antibióticos.

Del episodio que nos afecta en la actualidad, la paciente se presenta en mi consulta el 10 de noviembre de 2008 por lo que clínicamente parece una mastitis aguda izda., se exploran ganglios, que son negativos y tras poner tto. médico se le dice a la señora que regrese en una semana para revisión del cuadro.

El 17 del mismo mes, al no mejorar el cuadro, se le solicita una mamografía preferente explicando la sintomatología de la misma. No puedo saber si presentó tal solicitud. Lo cierto es que tres días más tarde, se deriva al servicio de urgencias del hospital de los Arcos donde confirma la sospecha diagnóstica inicial (mastitis aguda).

La paciente es derivada al servicio de ginecología el 2 de diciembre de 2008 donde perdemos su pista hasta el 26 de mayo de 2009, cuando refiere haberse hecho una mamografía privada en la clínica -- de Cartagena, habiendo clasificado hallazgos radiológicos como típicamente malignos.

La usuaria refiere en su reclamación patrimonial "que no tiene más remedio que regresar a su país" y que "con fecha de 16 de diciembre de 2008 se le practican una serie de pruebas"... Por lo cual la usuaria no quedó desatendida por el Servicio Murciano de Salud ni sus facultativos dejaron de atenderla en momento alguno.

No tenemos constancia de cuándo habría sido atendida y diagnosticada con carácter preferente de haber presentado en tiempo y forma los volantes de interconsulta facilitados".

CUARTO.- El 22 de febrero de 2010 se solicita informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Sanitarias y se remite copia del expediente a la compañía de seguros del Servicio Murciano de Salud, --.

QUINTO.- El informe pericial aportado por -- (folios 45-57), realizado colegiadamente por los doctores x, y, z..., todos ellos especialistas en Medicina Interna y con experiencia en la atención al paciente en los Servicios de Urgencias, contiene las siguientes conclusiones:

"1. La asistencia a la paciente en Atención Primaria fue adecuada y se ajustó a la lex artis.

2. La asistencia a la paciente en el Servicio de Urgencias fue adecuada y se ajustó a la lex artis.

3. Desconocemos el motivo por el que la paciente no se realizó la mamografía solicitada en la Medicina Pública.

4. Desconocemos el motivo por el que la paciente no acudió a la consulta de Ginecología que tenía programada.

5. Desde su primera consulta hasta la realización de la mamografía en la Clínica Privada, transcurrieron apenas 20 días.

6. La paciente abandonó de forma voluntaria la Sanidad Pública, donde hubiera recibido el mismo tratamiento y su enfermedad habría tenido el mismo pronóstico".

SEXTO.- Con fecha de registro de entrada de 12 de abril de 2011, se remite el expediente administrativo a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, por haberse interpuesto recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta (Procedimiento Ordinario 913/2010).

El 21 de septiembre de 2011, la Dirección de los Servicios Jurídicos remite al órgano instructor un Auto de 8 de septiembre anterior, por el que el Tribunal Superior de Justicia tiene por desistida a la reclamante.

SÉPTIMO.- El 3 de mayo de 2013, la Inspección Médica remite el informe solicitado, concluyendo lo siguiente (folios 72-81):

"1. La asistencia prestada por su médico de cabecera y por el S. de Urgencias del H. Los Arcos fue adecuada y

ajustada al normal proceder.

2. La paciente decidió voluntariamente marchar a su País de origen.

3. La supuesta demora diagnóstica de unos 20 días, no modifica el tratamiento a que hubiera sido sometida, ni el pronóstico de la enfermedad.

4. Cuando la paciente vuelve de su País en mayo de 2009, es atendida en la sanidad pública. Llevó tratamiento con Trastuzumab hasta abril del 2010. En la actualidad continúa en seguimiento por el SMS".

OCTAVO.- La compañía de seguros -- aporta un nuevo informe pericial de ampliación del primero (folios 82 a 88), en el que destaca en negrita las siguientes consideraciones sobre la praxis médica:

-Los signos inflamatorios, calor, enrojecimiento y aumento de partes blandas señalaban a la patología infecciosa como la más posible y la que requería un tratamiento más inmediato.

-Apenas una semana después ya se había solicitado una mamografía, con el fin de descartar una patología maligna.

-Desde su primera consulta hasta la realización de la mamografía en la clínica privada transcurrieron apenas 20 días. No existe variación en el tratamiento o en el pronóstico asociado a este breve periodo temporal de 20 días por el que se reclama.

NOVENO.- Mediante escritos de 3 de julio de 2013 se comunica a las partes la apertura del trámite de audiencia, constando que fue recibida por la reclamante el 24 de julio de 2013, sin que haya formulado alegaciones.

DÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 21 de octubre de 2013, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre el daño alegado y la asistencia por la que se reclama.

UNDÉCIMO.- Con fecha 12 de noviembre de 2013 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 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, en relación con el artículo 12 del Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP), aprobado por el RD 429/93, de 26 de marzo.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante, en su condición de usuaria que ha sufrido los daños que se imputan al servicio público sanitario, ostenta la condición de interesada para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LPAC en lo sucesivo), en relación con el artículo 4.1 RRP.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC, no puede oponerse objeción al respecto, vista la fecha de las actuaciones sanitarias en cuestión y la fecha de la presentación de la reclamación.

III. 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.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende 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 (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. 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 servicios 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, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse 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 médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este 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 un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *"lex artis"* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La *"lex artis"*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *"ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia*

enfermedad o a otras dolencias del paciente".

Asimismo, la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2011, expresa que *"la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente".*

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *"los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida".*

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *"lex artis"* responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la *"lex artis"*; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que reclama indemnización. Inexistencia.

Se imputa mala *praxis* a la asistencia recibida por la paciente tanto del médico de atención primaria, como del Servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos, al producirse un retraso en el diagnóstico del cáncer de mama y en su tratamiento, lo que implica un peor diagnóstico y un tratamiento más agresivo, señalando que incluso podía haberse evitado la mastectomía.

Sin embargo, la reclamante no aporta informe alguno que respalde sus imputaciones de mala *praxis* médica en la asistencia recibida y, en cambio, los dictámenes realizados por la Inspección Médica (Antecedente Séptimo) y por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (Antecedentes Quinto y Octavo) analizan el proceso asistencial seguido, y consideran que no se incurrió en mala *praxis* sanitaria, cuyas consideraciones son recogidas por la propuesta de resolución elevada (folios 98 y 99), lo que hace innecesario su reproducción en este Dictamen. Además, la falta de formulación de alegaciones por la reclamante frente a los informes médicos citados, contribuye

aún más a la carencia probatoria de sus imputaciones, denotando también un cierto abandono de la acción inicialmente ejercitada, después de haber desistido del recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta.

Ello implica que no pueda considerarse acreditada la existencia de infracción de la "*lex artis ad hoc*" y, por tanto, no concurre la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización, requisito legalmente imprescindible para declarar la responsabilidad patrimonial administrativa. En consecuencia, no procede reconocer la responsabilidad patrimonial pretendida.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

