



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **256/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 8 de septiembre de 2014, 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 Excm. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 24 de febrero de 2014, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **60/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de agosto de 2012, x, actuando en nombre y representación de su madre, x, presenta hoja de reclamación en el Hospital "Morales Meseguer" de Murcia, en solicitud de reintegro de los gastos habidos en la sanidad privada como consecuencia de un error de diagnóstico padecido por facultativos del indicado centro hospitalario.

Relata x que, el 6 de julio de 2012, su madre sufrió una caída accidental. Dos días más tarde, 8 de julio, al notar dolor lumbar continuo tras la caída fue llevada a Urgencias del Hospital "Morales Meseguer" donde le realizaron radiografía de pelvis, sin signos de fractura, y fue dada de alta con tratamiento analgésico y antiinflamatorio.

Tras nueve días de dolor y pinchazos más intensos, ingresó de nuevo en Urgencias el 17 de julio y le repitieron la misma radiografía de pelvis, siendo diagnosticada de lumbalgia postraumática, prescribiéndole tratamiento medicamentoso.

Como le dijeron en Urgencias que, si persistía el dolor, acudiera a su médico de cabecera, y como cada vez se encontraba peor, acudió a Urgencias del Hospital "Virgen de la Vega", donde le hicieron una radiografía de columna y le diagnosticaron fractura vertebral y como tratamiento un corsé de Jewett, medicación y RMN, que reveló fractura con aplastamiento parcial y reciente del platillo superior del cuerpo de la vértebra L1.

El coste total de las actuaciones médicas privadas (consulta, radiografías y resonancia) ascendió a 577,27 euros, cantidad cuyo reintegro se solicita al entender que la causa de dicho gasto fue el error de diagnóstico padecido en urgencias hospitalarias.

La reclamación, junto con la historia clínica de atención especializada y primaria, así como el informe del Jefe de Servicio de Urgencias, fueron remitidas por el Hospital "Morales Meseguer" al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud.

El referido informe del Servicio de Urgencias confirma que en las dos ocasiones en que la paciente acudió (8 y 17 de julio de 2012), se solicitaron pruebas de imagen a efectos de descartar patología ósea, radiografías de columna lumbar y pelvis (8 de julio) y de pelvis (17 de julio), en las que no se aprecia afectación ósea ni signo de fractura, lo que motivó el juicio clínico en ambas ocasiones de lumbalgia postraumática.

SEGUNDO.- Una vez subsanado, a requerimiento del Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud (SMS), el defecto de representación de la actuante, por resolución de 1 de abril de 2013 el Director Gerente del SMS admite a trámite la reclamación, que califica como de responsabilidad patrimonial, y ordena su instrucción al Servicio Jurídico del Ente Sanitario, que 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).

Asimismo, da traslado de la reclamación a la aseguradora del SMS, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Dirección de los Servicios Jurídicos, al tiempo que solicita del Hospital "Virgen de la Vega" de Murcia, copia de la historia clínica e informe de los profesionales que atendieron a la reclamante.

TERCERO.- El 24 de julio de 2013 se solicita informe a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria (Inspección Médica) y se remite el expediente a la aseguradora de SMS.

CUARTO.- Por el órgano instructor se realizan, además, las siguientes actuaciones:

- Se incorporan al expediente las radiografías realizadas a la afectada los días 8 y 17 de julio de 2012.
- Se requiere a la reclamante para que aporte las radiografías originales que se le efectuaron en el Hospital "Virgen de la Vega", requerimiento que fue cumplimentado por la interesada.

Toda esta nueva documentación se remitió a la Inspección Médica y a la aseguradora.

QUINTO.- Por la aseguradora del SMS se une al procedimiento un informe pericial efectuado por un especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica que alcanza la siguiente conclusión:

"Se cometió un error de diagnóstico en el Hospital Morales Meseguer, al no diagnosticar la fractura de L - 1, ni el

día 8 ni el 17 de julio, fecha en que se deberían haber repetido las radiografías de la zona lumbar, pero, al tratarse de una fractura "benigna", ello no tuvo repercusión en que se agravase el pronóstico o se ocasionasen secuelas más importantes".

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

SÉPTIMO.- Con fecha 4 de febrero de 2014, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, toda vez que la decisión de acudir a la sanidad privada fue libremente adoptada por la reclamante, sin que concurren los supuestos de situación de necesidad y urgencia vital que exige la normativa sanitaria para que proceda el reembolso de los gastos habidos en el ámbito privado.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 24 de febrero de 2014.

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 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, plazo y procedimiento.

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a la reclamante, por ser quien sufre los daños por los que reclama indemnización. La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a uno de los servicios públicos 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, vistas las fechas de los hechos (julio de 2012) y de la presentación de la reclamación (agosto de 2012).

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.

En cuanto a la no emisión del informe solicitado por la instrucción a la Inspección Médica, considera el Consejo Jurídico que en el supuesto sometido a consulta concurren los criterios que permiten continuar la tramitación del procedimiento sin esperar a su evacuación, conforme a lo indicado en nuestro Dictamen 193/2012.

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

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, según el cual "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 siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

1. La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
2. 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.
3. Ausencia de fuerza mayor.
4. 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 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 del sanitario ha de llevarse a cabo con sujeción a 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 (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

CUARTA.- Los daños por los que se reclama indemnización.

Conforme se desprende de los Antecedentes, la reclamante solicita ser resarcida de los gastos que alega haber hecho efectivos en la sanidad privada, daños que imputa a un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios regionales en forma del error de diagnóstico que se detallará en la siguiente Consideración.

En relación con los gastos ocasionados en la medicina privada, como venimos indicando en reiterados Dictámenes (por todos, el 17/2008) *"en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (Exp. 3322/2003), (el Consejo de Estado) recordó que "debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una "urgencia vital", de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud"*.

No habiendo acreditado la concurrencia de una urgencia vital, la cual es descartada por el informe pericial de la aseguradora, el resarcimiento de los daños por los que ahora se reclama depende de que pueda considerarse acreditado que la paciente sufrió un error de diagnóstico en la sanidad pública regional que justificara acudir, en el concreto caso, a un centro hospitalario privado en el que se remediara dicho alegado error médico.

QUINTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios regionales y los daños por los que se reclama indemnización.

La reclamante imputa a los servicios sanitarios regionales un error de diagnóstico consistente en no haber advertido en su primera visita al Servicio de Urgencias del Hospital "Morales Meseguer" la fractura de vértebra lumbar que presentaba, error en el que se persistió en su posterior visita del día 17 de julio de 2012. Este error determinó que durante 15 días estuviera sometida a un tratamiento inútil y que hubiera de acudir a la sanidad privada para conseguir un diagnóstico acertado de la dolencia que la aquejaba.

Si bien no apoya su imputación de inadecuada valoración de las pruebas radiológicas en informe pericial alguno, lo cierto es que obra en el expediente el aportado por la aseguradora del SMS, que afirma de forma categórica la existencia del alegado error de diagnóstico, al concluir el perito que *"se cometió un error de diagnóstico en el Hospital Morales Meseguer, al no diagnosticar la fractura de L-1, ni el día 8 ni el 17 de julio, fecha en que se*

deberían haber repetido las radiografías de la zona lumbar...".

Dicho informe, evacuado por un especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, pone de manifiesto dos actuaciones contrarias a normopraxis, a saber:

a) No advertir la fractura vertebral el 8 de julio. Ciertamente, el informe no se pronuncia acerca de si esta apreciación la realiza el perito a la vista de las radiografías realizadas en el Hospital "Morales Meseguer", pero ha de presumirse que es así, toda vez que consta en el expediente y así se recoge en la propuesta de resolución, que tales pruebas fueron solicitadas al Hospital y remitidas tanto a la aseguradora del SMS como a la Inspección Médica. Las radiografías fueron recibidas por la aseguradora el 2 de octubre de 2013 (folio 143 bis del expediente), siendo el informe pericial evacuado el 14 del mismo mes.

b) En cualquier caso, afirma que debió repetirse la radiografía de columna lumbar el 17 de julio, fecha en la que únicamente se realizó una proyección sobre la pelvis.

Acreditado el error de diagnóstico y, en consecuencia, la mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada por el sistema público de salud a la interesada, ha de considerarse justificado que ésta acudiera a la sanidad privada en busca de un juicio clínico acertado, y que los gastos derivados de dicha actuación hayan de ser considerados antijurídicos, en la medida en que la usuaria del sistema público de salud no puede verse obligada a soportar unos gastos que no se le habrían generado de haber funcionado aquél de forma adecuada.

Por otra parte, y en la medida en que lo que se reclama es únicamente el reintegro de los gastos para alcanzar el diagnóstico correcto, sin que la interesada pretenda el resarcimiento de eventuales tratamientos en la medicina privada o de posibles consecuencias perjudiciales para su salud derivadas de un diagnóstico fallido o el retraso en la aplicación del tratamiento adecuado, el hecho de que el erróneo juicio clínico alcanzado en urgencias no agravara el pronóstico ni se le ocasionaran secuelas imputables a dicho error, no excluye la responsabilidad de la Administración, pues la paciente debió acudir a recursos ajenos al sistema público y costear su utilización para conocer el verdadero alcance y la naturaleza de su patología, a la vista de que con los medios aplicados por el SMS sus facultativos fueron incapaces de diagnosticar la fractura. En consecuencia, el daño por el que se reclama tiene una naturaleza estrictamente patrimonial o pecuniaria.

Del mismo modo, la canalización de la reclamación de la interesada por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración y no por la de reintegro de gastos sanitarios determina que el título que ampara la pretensión resarcitoria no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital, circunstancia que desde luego no concurría en el supuesto sometido a consulta, sino la compensación e indemnización por funcionamiento anormal del Servicio Público sanitario, el cual, como ha quedado acreditado en el expediente, sí se habría producido.

Procede, en consecuencia, declarar el derecho de la interesada a ser resarcida por los gastos habidos en la sanidad privada para alcanzar el correcto diagnóstico de su enfermedad, en la medida en que concurren todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños sufridos por la interesada, que no tenía la obligación de soportar.

En este sentido, afirman el derecho al resarcimiento de los gastos derivados de acudir a la medicina privada para obtener un diagnóstico que los servicios públicos de salud han errado, la STSJ Andalucía (Málaga), núm. 123/2013, de 18 de enero, y el Dictamen del Consejo de Estado 2423/2001, entre otros.

SEXTA.- Cuantía de la indemnización.

La cantidad a indemnizar se corresponde con el importe de los gastos habidos en la medicina privada para alcanzar el diagnóstico, que han sido acreditados en el expediente mediante la aportación de sendas facturas en concepto de consulta traumatológica, estudio radiológico y RMN, por importe total de 577,27 euros.

Esta cantidad habrá de ser actualizada conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que este Consejo Jurídico sí advierte la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el supuesto sometido a consulta, singularmente el nexo causal entre un inadecuado funcionamiento del servicio público sanitario, que erró el diagnóstico, y el daño padecido por la reclamante, que se identifica únicamente con el importe que debió desembolsar para obtener el diagnóstico correcto de su patología en la medicina privada. Dicho daño es, asimismo, antijurídico en la medida en que no tenía el deber de soportarlo.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización habrá de ajustarse a lo indicado en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.