



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **112/2015**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 20 de abril de 2015, 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 Excm. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 27 de junio de 2014, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **197/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 31 de agosto de 2011, x, de nacionalidad ecuatoriana, actuando en su propio nombre y en nombre y representación de su hijo menor de edad, x, interpone reclamación de responsabilidad patrimonial por negligencia médica derivada de la asistencia sanitaria que se le dispensó por el Servicio Murciano de Salud.

El reclamante expone en su escrito que, durante el año 2011, su hijo x recibió tratamiento por los fuertes dolores que padecía en su rodilla izquierda. Por ello, el día 24 de febrero de ese año fue atendido en el Centro de Salud de Cartagena, Casco Antiguo, en el que se le indicó que la lesión de su hijo se encontraba en el ligamento rotuliano. Para comprobar el alcance de la referida dolencia se le solicitó que se realizase una ecografía.

Por otro lado, el interesado pone de manifiesto que el día 23 de mayo de 2011 su esposa, x, recibió una llamada del Centro Médico "*Virgen de la Caridad*" y que se le indicó que su hijo debía personarse el día 25 de mayo para someterse a una intervención quirúrgica. Ante esa circunstancia, la madre del menor se personó en el centro médico citado y le hizo saber a los miembros del personal que le atendieron que quizá se tratara de un error, ya que su hijo se encontraba en tratamiento médico, y que la persona que debía operarse era su marido -e interesado principal en el presente procedimiento-, x, que también se encontraba en tratamiento por el Servicio Murciano de Salud. Según expone, a pesar de la advertencia que formuló en ese sentido, se le contestó que no se trataba de ningún error y que quien debía acudir para ser intervenido era su hijo x y no su marido x.

Ante esa afirmación, el día 25 de mayo de 2011 los padres se personaron con el menor en el Centro Médico "*Virgen de la Caridad*", donde éste último fue intervenido quirúrgicamente sin que se le realizase ninguna consulta de pre-anestesia ni se le efectuase ningún análisis clínico previo, y sin que el facultativo que realizó la operación hubiese explorado o reconocido previamente. Asimismo, se indica en la reclamación que su hijo menor fue quien firmó el consentimiento informado para la operación momentos antes de ser intervenido y que en dicho documento

no figuran los datos de los facultativos que la llevaron a efecto. Por otra parte, se destaca que en él se indica -de forma equivocada- que el lugar donde se va a efectuar la intervención es Madrid.

Después de que se realizase la operación quirúrgica del menor, el reclamante se personó en el Centro de Salud de Cartagena para preguntar los motivos que podían justificar que se hubiese practicado esa operación y que se hubiese realizado de la forma en la que se hizo. En dicho centro sanitario le dijeron que esa información se la proporcionarían en el Hospital "Santa Lucía". Una vez que se personó allí le dijeron que a su hijo no se le había operado y que la persona que figuraba como intervenido era él mismo, es decir, x, y no su hijo x.

Por esa razón, el interesado considera que el defectuoso funcionamiento de la Administración sanitaria ha ocasionado al menor un grave daño moral como consecuencia del sufrimiento o padecimiento psíquico que sufrió, por haber lesionado su derecho a la autonomía del paciente, del que se deriva la responsabilidad patrimonial de la Administración, que fija en la cantidad de sesenta mil euros (60.000euros).

Con el escrito de reclamación se acompaña una solicitud de prueba radiológica extendida a favor del paciente x, es decir, del hijo del reclamante; el informe de alta emitido por el médico x el mismo día de la intervención quirúrgica del menor, esto es, el 25 de mayo de 2011; y los documentos de consentimiento informado para realización de artroscopia de rodilla y menisectomía parcial -en el que también aparece el nombre y firma de x- y para anestesia raquídea en el que tan sólo aparece una firma ilegible.

SEGUNDO.- Por medio de oficio de fecha 4 de octubre de 2011 se requiere al reclamante para que, de acuerdo con lo que determina el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), remita fotocopia compulsada del Libro de Familia que permita acreditar su legitimación. De igual forma, se le solicita que remita autorización para solicitar la historia clínica y los informes de los facultativos intervinientes al Centro Médico "Virgen de la Caridad".

TERCERO.- Con fecha 27 de octubre de 2011 el reclamante presenta copias compulsadas de la partida de nacimiento de su hijo, x, expedida por la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación de la República del Ecuador, y de su cartilla de afiliación a la Seguridad Social con el objeto de acreditar su legitimación. De igual modo, acompaña la autorización que se le solicitó para reclamar la historia clínica de su hijo al centro médico referido.

CUARTO.- Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dicta Resolución de admisión a trámite de la reclamación patrimonial el día 15 de noviembre de 2011, que le fue notificada a la parte interesada el día 29 de noviembre, junto con un escrito en el que se recoge la información a la que se refiere el artículo 42.4 LPAC.

QUINTO.- Por medio de comunicaciones de fecha 15 de noviembre de 2011 se da cuenta de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Dirección de los Servicios Jurídicos, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la correduría de seguros "--" con la finalidad, en este último caso, de que lo comunicara a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

SEXTO.- También mediante oficio de esa misma fecha se solicita a la Gerencia del Área de Salud II-Hospital "Sta.

María del Rosell", de Cartagena, copia de las historias clínicas de x -el hijo del reclamante- que puedan obrar en el Centro de Salud de Cartagena, Casco Antiguo, y en el Hospital "Santa Lucía", e informes de los facultativos que le atendieron, relativos a los hechos descritos en la reclamación.

SÉPTIMO.- Con fecha 20 de diciembre de 2011 se recibe en el Servicio Murciano de Salud el escrito remitido por la Asesoría Jurídica de la Gerencia del Área II de Cartagena con el que se acompaña copia de la historia clínica de Atención Primaria de x (aunque en el oficio se haga referencia a x), así como un informe médico sobre los hechos alegados en la reclamación.

Sin embargo, y a pesar de lo que se pone de manifiesto en el citado escrito, se acompaña en realidad un "Resumen de la historia clínica" suscrito el día 13 de diciembre de 2011 por la Doctora x. Además de otras referencias médicas, en dicho documento se contiene un breve informe del siguiente tenor: *"El paciente acude a mi consulta en Febrero del 2011 por dolor de rodilla de un año de evolución. Tras exploración considero necesario pedir ECO. El resultado de la misma no me ayuda por lo que aconsejo una RM y derivó a TRAUMATOLOGÍA en Abril. En Mayo acude de nuevo, con el dx. de OSTEOCONDritis EN RODILLA IZQUIERDA, intervenido por artroscopia, sin complicaciones. Se le retiran los puntos de sutura"*.

También se acompaña un escrito de la Directora de Atención al Cliente del Centro Médico "Virgen de la Caridad", de fecha 19 de diciembre de 2011, en el que se pone de manifiesto que el paciente fue intervenido por remisión del Servicio Murciano de Salud, que es quien custodia la historia clínica, y que el facultativo es asimismo miembro del personal de dicho Servicio público de Salud.

Por último, también se remite el informe clínico de alta emitido el día en el que se realizó la intervención quirúrgica, el 25 de mayo de 2011, por el doctor x. En dicho documento se explica que el menor sufría de dolor en la rodilla izquierda de larga evolución. Se añade que en la intervención se le practicó una artroscopia de rodilla izquierda con infiltración de Durolane. Se expone asimismo que se le practicó una *"CONDROMALACIA ROTULIANA GRADO 1. MENISCO Y LIGAMENTOS SIN ALTERACIONES"*.

OCTAVO.- Con fecha 2 de enero de 2012 se recibe la nota interior, de 21 de diciembre de 2011, de la Gerencia del Área de Salud II con la que se acompaña copia de los antecedentes clínicos que obran en su poder.

NOVENO.- Por medio de oficio con fecha 18 de enero de 2012, el órgano instructor solicita de la referida Gerencia de Salud que el Servicio de Traumatología emita un informe en el que se ofrezca contestación a la pregunta acerca de si se pudo producir un error a la hora de identificar al paciente al que se le debía practicar la intervención quirúrgica, y se aporte la historia clínica en la que conste la prescripción de dicha operación así como su evolución posterior.

El día 5 de marzo de 2012 se recibe la nota interior del Director Gerente del Área II de Salud con la que acompaña el informe emitido por el Dr. x, del Servicio de Traumatología, en el que, en esencia, hace constar que se solicitó una resonancia magnética ante la sospecha de que x padeciese una meniscopatía o una condromalacia femoropatelar. Sin embargo, añade que no se tiene constancia del resultado ya que el paciente no acudió a revisión, que es el momento en el que se suele aportar dicho resultado. Además, informa de que no remiten a ningún paciente a ningún hospital público o privado, y que no gestionan la lista quirúrgica, sino que dependen del Servicio de Traumatología del Hospital "Sta. María del Rosell".

DÉCIMO.- Con fecha 9 de abril de 2012, el órgano instructor solicita a la Dirección del Centro Médico "*Virgen de la Caridad*" que remita el resto de la información clínica del paciente que obre en ese centro e integre su historia clínica puesto que no se remitió inicialmente.

Por otro lado, se solicita que se especifique si pudo haberse producido un error en la identificación de la persona a la que se debía intervenir quirúrgicamente, de manera que se operara al hijo, x, en vez de al padre, x, tal y como describe el peticionario en su escrito de reclamación.

Debido a la falta de contestación, el día 7 de junio de 2012 se reitera dicha solicitud por medio de un nuevo escrito de fecha 5 de junio.

Con fecha 26 de junio de 2012 se recibe un escrito de la Directora de Atención al Cliente del citado centro médico, de 18 de junio del mismo año, en el que se señala que *"En relación a la reclamación patrimonial número 588/11 de x, le comento que dicho paciente fue intervenido por remisión del Servicio Murciano De Salud, por lo que el traumatólogo también es facultativo del personal SMS. El Centro Médico Virgen de la Caridad no dispone de la Historia Clínica del paciente"*.

UNDÉCIMO.- El día 23 de julio de 2012 el órgano instructor solicita de la Subdirección de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria que la Inspección Médica emita informe valorativo de la referida reclamación en el plazo máximo de tres meses.

DUODÉCIMO.- Obra en el expediente administrativo un informe médico-pericial emitido el día 1 de agosto de 2012 a instancias de la compañía aseguradora por una Doctora Especialista en Anestesia, Reanimación y Terapéutica del Dolor en el que, tras realizar una exposición de los hechos, se formulan las siguientes:

"CONSIDERACIONES MÉDICAS:

A la vista de la documentación facilitada, llaman la atención los siguientes puntos.

- El paciente x presentaba un dolor en ambas rodillas, más acentuado en la izquierda, por lo cual estaba siendo estudiado. Se le había realizado una ecografía que no mostraba datos significativos y se le había solicitado una RNM sobre la que existen dudas de su realización pero que, en cualquier caso, no fue vista por el traumatólogo que la solicitó.

- Dado que dicha RNM no fue vista, no pudo alcanzarse ningún diagnóstico; por ello no era razonable que en aquel momento se programara una intervención quirúrgica.

- El informe de traumatología corrobora que no se solicitó la inclusión del paciente en lista de espera quirúrgica puesto que éste no había sido visto en consulta tras la solicitud de la RNM.

- Puesto que no se preveía ninguna intervención, tampoco se llevó a cabo ningún estudio preoperatorio.

- El consentimiento informado para la artroscopia fue firmado por el propio paciente (menor de edad), aunque el correspondiente a la anestesia parece estar firmado por una tercera persona (no consta el nombre ni la relación con el paciente).

- El número de historia clínica que consta en la ficha de traumatología (--) no coincide con el que consta en el informe de alta del Centro Médico Virgen de la Caridad (--). En este centro no abren historias clínicas a los pacientes remitidos por el SMS, por lo que este número correspondería a la historia que se les remitió desde el SMS y que, lógicamente, tendrá que ser el mismo que el que figura en la mencionada ficha de traumatología.

Todo ello lleva a la conclusión de que el paciente fue realmente intervenido por error y sin estudio preoperatorio. La explicación más razonable es la que aporta la reclamación, es decir, que se confundieran los nombres del paciente y de su padre (por la similitud del primer nombre y la coincidencia del segundo nombre y del apellido). Esto podría corroborarse comprobando la historia clínica de x (padre del paciente)".

De igual modo, en el informe se contienen las siguientes:

"CONCLUSIONES MEDICO-PERICIALES

- Que el menor x estaba siendo estudiado por su médico de familia y el traumatólogo por dolor en rodillas.

- Que por error fue incluido en lista de espera quirúrgica.

- Que este error no se subsanó ni a su regreso en el centro médico Virgen de la Caridad ni en los momentos previos a su intervención.

- Que fue intervenido mediante artroscopia sin razón médica para ello".

DECIMOTERCERO.- Con fecha 5 de septiembre de 2012 el órgano instructor solicita a la Gerencia del Área II de Salud que se aporte copia de la historia clínica de x, tanto de Atención Primaria (Centro de Salud de Cartagena, Casco Antiguo) como de Atención Especializada, si existiera, en el Servicio de Traumatología del Hospital "Sta. María del Rosell".

DECIMOCUARTO.- El día 17 de octubre de 2012 se recibe el oficio de la Dirección General de Atención al Ciudadano y Drogodependencias, de 11 de octubre, con el que se acompaña el informe valorativo emitido por la Inspección Médica el día 10 de octubre de 2012 y determinados documentos relativos al expediente de reclamación patrimonial.

En dicho informe se contienen las siguientes:

"CONCLUSIONES

- 1. Paciente de 16 años, x, estaba siendo estudiado por su traumatólogo de zona por gonalgia bilateral de predominio en rodilla izquierda, entesitis parieto-tibial y posible meniscopatía por lo que se solicita ecografía de rodilla izquierda y RNM de rodillas. El paciente no vuelve a consulta. Se desconoce si se realizó la RMN y se comprueba que no se solicitó artroscopia por su traumatólogo de zona.*
- 2. Al mismo tiempo, su padre (el reclamante) x estaba siendo estudiado por lesión en el menisco interno y ligamento cruzado posterior por otro facultativo del SMS y había sido incluido en lista de espera quirúrgica para artroscopia.*
- 3. Que por error el hijo del reclamante x, fue llamado desde el centro médico concertado Virgen de la Caridad para realización de artroscopia.*
- 4. Que este error no se subsanó ni a su ingreso en el centro médico Virgen de la Caridad ni en los momentos previos a la intervención.*
- 5. Existió un fallo en el protocolo de remisión de historias clínicas desde Lista de espera quirúrgica a centro concertado por lo que no se dispuso de la historia clínica del SMS en los momentos previos a la artroscopia.*
- 6. En centro médico concertado, se abre una nueva historia clínica, al ingreso del paciente, sin haber recibido la historia clínica procedente del Servicio Murciano de Salud (SMS) y es intervenido por facultativo del SMS sin disponer del preoperatorio del paciente. En consentimientos informados de artroscopia y anestesia no consta la fecha ni la firma de los facultativos.*
- 7. El paciente fue intervenido mediante artroscopia sin razón médica para ello por facultativo del SMS. En la artroscopia se diagnostica condromalacia rotuliana grado I y se infiltra ácido hialurónico.*
- 8. Con estos datos, se llega a la conclusión de que el paciente fue realmente intervenido por error, sin estudio*

preoperatorio previo y por el traumatólogo que estaba asistiendo a su padre en el Servicio Murciano de Salud. La explicación más razonable, es que debió haber una confusión entre los nombres del paciente y de su padre por similitud del primer nombre y la coincidencia del segundo nombre y del apellido. Además, hubo fallo en los protocolos de remisión de historias clínicas a centro concertado, de admisión en centro concertado y de protocolo quirúrgico previo a la intervención. No existen secuelas derivadas de la artroscopia y el tratamiento administrado, ácido hialurónico, es beneficioso para la artropatía diagnosticada en la artroscopia".

DECIMOQUINTO.- Mediante escritos con fecha 23 de noviembre de 2012 -notificados en los dos casos el día 5 de diciembre de 2012- se confiere a la parte reclamante y a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud el correspondiente trámite de audiencia, a los efectos de que pudiesen formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que tuviesen por convenientes, sin que ninguna de ellas cumplimentase dicho trámite.

DECIMOSEXTO.- Obra en el expediente administrativo una diligencia, de fecha 7 de abril de 2014, extendida por la instructora en la que se hace constar que, por error, se consideró que la compañía aseguradora y la parte reclamante estaban en proceso de negociación, cuando en realidad lo que procedía era que se emitiera la propuesta de resolución del expediente.

DECIMOSÉPTIMO.- El día 19 de junio de 2014 se formula propuesta de resolución desestimatoria, por considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 27 de junio del año en curso.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante 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 142.3 LPAC y el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación ha sido interpuesta por persona interesada, el padre del menor perjudicado, cuya condición acredita con la copia compulsada de su partida de nacimiento y cuya legitimación ha sido reconocida en el presente procedimiento por el Servicio consultante.

La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia. Conviene recordar que aunque la intervención quirúrgica se realiza en un centro concertado, el paciente fue remitido por el Servicio Murciano de Salud y la operación fue realizada por un facultativo de dicho Servicio. En cualquier caso, también se debe apuntar que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual sea la relación jurídica que la une con el personal o el establecimiento que directamente prestan esos servicios. A estos efectos se debe entender comprendidos en la Administración sanitaria las entidades, servicios y organismos públicos y los centros concertados, tal como permite la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (artículos 90 a 94), como fórmula para su integración en dicho Sistema.

En este sentido, el artículo único, apartado 2, de la Ley 15/1997, de 25 de abril, que habilita nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, determina que *"La prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad"*.

A mayor abundamiento, la propia Disposición adicional duodécima de la LPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, contempla asimismo la extensión de este régimen de responsabilidad patrimonial a los centros sanitarios concertados con los Servicios del Sistema Nacional de Salud cuando establece que seguirá la tramitación administrativa prevista en esa Ley.

Con base en estos criterios, cabe afirmar que la reclamación está correctamente dirigida contra la Administración regional por ser la competente para la prestación de la asistencia sanitaria a través de la técnica del concierto.

II. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que los perjudicados deduzcan su pretensión ante la Administración (artículo 142.5 LPAC). Así, se debe recordar que la intervención quirúrgica del menor se realizó el día 25 de mayo de 2011. A pesar de que en la copia del escrito de reclamación que se ha remitido a este Consejo Jurídico no aparece reflejada la fecha en la que se pudo presentar ante la Administración regional, en la propuesta de resolución se dice que la reclamación se interpuso el día 7 de septiembre de 2011, y sí que figura en ella la anotación de que tuvo entrada en el Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud el día 16 de septiembre de 2011. De acuerdo con ello, la solicitud de indemnización se habría presentado dentro del plazo legalmente previsto.

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, si bien resulta necesario destacar que en el presente supuesto se ha sobrepasado en exceso el plazo de seis meses que el artículo 13.3 RRP dispone para que se dicte resolución expresa o, en su caso, se formalice el acuerdo indemnizatorio al que se refiere el artículo 8 RRP.

En el Antecedente Decimosexto de este Dictamen se ha puesto de manifiesto que obra en el expediente una

diligencia, de fecha 7 de abril de 2014, extendida por la instructora en la que se hace constar que, por error, se consideró que la compañía aseguradora y la parte reclamante estaban en proceso de negociación, cuando en realidad lo que procedía era que se emitiera la propuesta de resolución del expediente.

Así pues, se observa una paralización en la tramitación del procedimiento desde la fecha en la que se confirió el trámite de audiencia (5 de diciembre de 2012) hasta el mencionado día 7 de abril de 2014, de un año y casi cuatro meses, que provoca que en la tramitación del procedimiento se haya excedido con mucho el plazo que hubiera podido resultar procedente a tal efecto.

Por último, también resulta necesario recordar que el día 5 de septiembre de 2012 se solicitó a la Gerencia del Área II de Salud que se aportase copia de la historia clínica de x, tanto de Atención Primaria como de Atención Especializada, pero que dicho requerimiento no llegó a ser cumplimentado y se siguió con la tramitación del procedimiento, a pesar de que hubiese podido haber aportado documentación de relevancia en el presente procedimiento. No obstante, los numerosos datos que obran en el expediente y la valoración de la prueba practicada que se puede llevar a cabo permiten alcanzar las conclusiones que seguidamente se expondrán y considerar adecuada la decisión del órgano instructor de proseguir las actuaciones sin volver a requerir su remisión.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto: concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

I. El ordenamiento jurídico español contempla un sistema de responsabilidad patrimonial por los daños que se causen como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que encuentra su fundamento en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución y que se regula en los artículos 139 y siguientes de la LPAC, desarrollados por el RRP.

Precisamente, de acuerdo con lo que se establece en el citado artículo 139 LPAC, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

Por lo tanto, de conformidad con lo que se establece en ese bloque normativo, en la constante jurisprudencia que lo interpreta y en la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, son requisitos que deben concurrir para afirmar la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas los siguientes:

1º. Que se produzca en los bienes y derechos de los particulares una lesión antijurídica, es decir, un perjuicio que no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La antijuridicidad se entiende de manera objetiva, en el sentido de que no exista causa de justificación legalmente prevista que imponga el referido deber de tolerancia.

2º. Que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3º. Que sea imputable a una Administración pública por el ejercicio de su actividad, ya se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y provenga tanto de un hecho como de un acto jurídico.

4º. Que exista una relación de causalidad entre el hecho o acto y el daño que se alega, de modo que no concurra causa de fuerza mayor, y se reclame en el plazo de un año.

II. En el presente supuesto nos encontramos ante un caso que la doctrina denomina con el término "*cirugía en sitio equivocado*", que se refiere a aquél error quirúrgico que determina que la intervención se realice en el lado del paciente contrario al planeado, en una zona anatómica equivocada, siguiendo un procedimiento quirúrgico diferente del que se pensaba o sobre un paciente distinto de aquél que debía ser operado. En la terminología anglosajona estos errores reciben la denominación de "*wrong-site, wrong-procedure, wrong-patient errors*", y también se hace alusión a ellos con la sigla "*WSPEs*".

La doctrina médica señala que se trata de procedimientos constitutivos de mala práctica que nunca deben producirse ("*a Never Event*") y que, de hecho, son evitables. A pesar de que son poco frecuentes, se producen casos de manera periódica y se considera que obedecen a una mala comunicación, a la falta de información o a la existencia de una información incorrecta. Los casos de procedimientos en sitios equivocados fomentan la percepción de que se dispensa a los pacientes una asistencia de mala calidad e incrementan en consecuencia la desconfianza en el sistema sanitario. Por esa razón, a partir de 1980 diversas organizaciones internacionales y agencias promotoras de la salud comenzaron a intensificar sus esfuerzos por proponer planes, acciones y medidas que permitiesen reducir los casos descritos hasta el punto de que, como se pretende, no lleguen a producirse nunca.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico debemos recordar que cuando se alude a la existencia de daños producidos en el ámbito de funcionamiento del servicio público sanitario se hace referencia tanto a supuestos de daños ocasionados como consecuencia de una mala práctica profesional como a otros producidos por el propio funcionamiento del sistema y organización hospitalaria. Sin embargo, en los casos como el que aquí nos ocupa el daño suele producirse como consecuencia de la concurrencia de estos dos tipos de factores, tanto los ocasionados por una asistencia médica defectuosa como los provocados por los fallos de funcionamiento del propio sistema organizativo. Este es el motivo por el cual en estos casos nos encontramos en presencia de una serie de daños atribuibles a una actuación sanitaria defectuosa en su conjunto.

Por otro lado, conviene apuntar que este tipo de prácticas sanitarias erróneas constituyen una vulneración manifiesta los principios básicos que deben presidir cualquier actuación que se desarrolle en el ámbito de la asistencia sanitaria y que se recogen en el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente.

Si bien es cierto que el apartado 1 de dicho precepto consagra la dignidad de la persona, el respeto a la autonomía de la voluntad y el derecho a la intimidad como principios básicos que deben orientar toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica, no es menos cierto que resultan aplicables, de manera extensiva, a todo el conjunto de actividades en que se descompone la asistencia sanitaria.

En este sentido, los derechos a los que se hace alusión en los apartados siguientes del mencionado artículo 2 constituyen manifestaciones concretas de esos genéricos principios. De este modo, el respeto a la autonomía de la voluntad guarda una estrecha relación con el derecho de los pacientes a ser informados y conecta asimismo con la obligación que pesa sobre los profesionales sanitarios de facilitar la información médica adecuada que se reconoce en el apartado 2. Además, para que resulte efectiva, dicha información debe proporcionarse de manera previa, de manera que cualquier intervención en el ámbito de la sanidad requiere el consentimiento informado de los pacientes y usuarios.

En relación con este derecho a la información sanitaria se configura otro conjunto de derechos que constituyen su correlato lógico: así, el derecho a decidir libremente acerca de las opciones clínicas disponibles (art. 2.3) y el derecho a negarse a someterse al tratamiento propuesto, salvo en los casos determinados en la ley (art. 2.4). Como consecuencia de ello, todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado, no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino a respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente, después de que haya sido convenientemente informado.

De otra parte, la mala práctica sanitaria sobre la que aquí se dictamina, que consistente en intervenir quirúrgicamente a un paciente equivocado, constituye por sí misma una actuación gravemente dañosa por colocar al administrado en un riesgo que no tiene la obligación de soportar. Por esa razón, no resulta necesario advertir que el sometimiento a cualquier intervención quirúrgica, pese a la escasa relevancia que aparentemente pueda presentar en algunos casos, supone un riesgo evidente para la salud, la integridad o la propia vida del paciente que no tiene el deber de soportar en ningún caso. Y se debe añadir que colocar a un paciente ante un riesgo de esa naturaleza constituye en sí misma la lesión que debe ser objeto de indemnización.

Sin lugar a dudas, todas estas consideraciones alcanzan su mayor grado de reconocimiento en la Ley regional 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia (en adelante, Ley 3/2009) que consagra expresamente en su artículo 7, como principios rectores que deben informar e inspirar el conjunto de actuaciones destinadas a los usuarios y pacientes en el ámbito de la salud, entre otros, el derecho a recibir información sanitaria (apartado 5); el respeto a la libertad de la persona en las decisiones que afecten a su salud (apartado 7), y el respeto a la libertad de decisión y actuación que los profesionales sanitarios, con respeto a la "*lex artis*" y a los principios y derechos contemplados en la Ley, adopten en relación a los problemas de salud de los pacientes.

De manera concreta, la actuación administrativa que aquí se analiza constituye una vulneración del derecho a recibir las prestaciones sanitarias con garantías de seguridad y calidad y a que se respete la voluntad del paciente en todas aquellas actuaciones sanitarias en que deba garantizarse su autonomía de decisión que se contemplan en el artículo 11.1, apartados e) y i), de dicha Ley. De igual modo, también se puede considerar que se ha producido la lesión de los derechos de la parte reclamante a obtener una adecuada información asistencial (art. 30), a expresar libremente su decisión acerca de los procesos relacionados con su salud (art.41) y a negarse a recibir una técnica o procedimiento sanitario concretos (art. 47).

III. En el caso que nos ocupa, el hijo del reclamante, x, que tenía 16 años de edad en aquel momento, venía padeciendo un dolor en la rodilla izquierda de un año de evolución que no remitía. Por esa razón, acudió al médico de familia y comenzó su tratamiento médico (se le realizó una ecografía, fue visto por el traumatólogo, que describe en la historia clínica "*gonalgia (dolor) bilateral, exploración; entesitis patelo-tibial, posible meniscopatía ...*" y se le solicitó una resonancia magnética).

Como se advierte, por tanto, el paciente se encontraba en la fase inicial de su tratamiento. Puesto que el traumatólogo no llegó a conocer el resultado de la resonancia magnética no pudo llegar a emitir ningún diagnóstico, ni era razonable por esa razón que se programara en aquel momento su intervención quirúrgica. De hecho, en el Informe de la Inspección Médica (Conclusión 1ª) se destaca que no se solicitó la artroscopia y coincide con ello el Dictamen pericial.

Sin embargo, al mismo tiempo, el reclamante, x, estaba siendo estudiado por lesión en el menisco interno y ligamento cruzado posterior por otro facultativo del Servicio consultante y sí que había sido incluido en lista de espera quirúrgica para que se le realizase una artroscopia (Conclusión 2ª del Informe de la Inspección Médica).

Así pues, se ha constado que por error el hijo del reclamante, x, fue llamado desde el centro médico concertado "*Virgen de la Caridad*" para realizarle la artroscopia, que le fue practicada el día 25 de mayo de 2011. Ese error no se subsanó ni a su ingreso en el mencionado centro médico ni en los momentos previos a la intervención quirúrgica (Conclusiones 3ª y 4ª del Informe de la Inspección Médica y Conclusión 3ª del Dictamen pericial).

Además, también ha resultado acreditado que existió un fallo en el protocolo de remisión de historias clínicas desde el sistema de "*Lista de espera quirúrgica a centro concertado*" por lo que no se dispuso de la historia clínica del SMS en los momentos previos a la artroscopia, de manera que el menor fue intervenido sin que el facultativo dispusiese del preoperatorio del paciente (Conclusiones 5ª y 6ª del Informe de la Inspección Médica).

Por lo tanto, resulta evidente que el paciente fue intervenido mediante artroscopia sin razón médica para ello por un facultativo del Servicio Murciano de Salud. Con estos datos, la Inspección Médica (Conclusión 8ª) y la perito médico llegan asimismo a la conclusión de que el paciente fue realmente intervenido por error, sin estudio preoperatorio previo y por el traumatólogo que estaba asistiendo a su padre en el Servicio Murciano de Salud. La explicación más razonable que se puede ofrecer es que debió producirse una confusión entre los nombres del paciente y los de su padre (el reclamante) debido a la similitud del primer nombre y a la coincidencia del segundo nombre y del apellido.

Además, se ha detectado que se produjo un fallo en los protocolos de remisión de historias clínicas a centro concertado, de admisión en centro concertado y de protocolo quirúrgico previo a la intervención.

De acuerdo con lo que se ha señalado, por tanto, procede declarar el derecho de la parte reclamante a ser indemnizada en concepto de responsabilidad patrimonial, al considerar este Consejo Jurídico que concurren los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de esta responsabilidad, en particular el carácter antijurídico de la lesión y el nexo que debe mediar entre la lesión producida y el funcionamiento del servicio sanitario regional.

IV. Por último, conviene apuntar brevemente que los defectos de los que adolecen los documentos de consentimiento informado (en los que no consta la fecha ni la firma de los facultativos; aparece erróneamente en el referente a la artroscopia la mención al hecho de que la intervención se realiza en Madrid, y el correspondiente a la anestesia no parece estar firmado por el paciente) que obran en el expediente no ofrecen ninguna trascendencia en el presente este supuesto desde el momento en que consta acreditado que no se produjo ningún

daño al hijo del reclamante ni se derivaron para él secuelas de ningún tipo de la artroscopia que se practicó.

Por otra parte, tampoco el hecho de que el firmante del consentimiento fuese menor de edad constituye en sí mismo una irregularidad, ya que el artículo 46.1.c), segundo párrafo, de la Ley 3/2009 permite que los mayores de dieciséis años de edad puedan expresar el consentimiento por sí mismos, sin necesidad de que sean sustituidos por sus padres.

CUARTA.- Cuantía de la indemnización.

Fijada en los términos que se señalan en la anterior Consideración la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario efectuar un pronunciamiento acerca de la valoración del daño causado y la cuantía y el modo de indemnización, por disponerlo así el artículo 12.2 RRP.

Como se ha dejado apuntado, los daños producidos en el ámbito de la asistencia sanitaria se caracterizan en la mayoría de los casos por ofrecer un carácter personal y corporal y resolverse en la solicitud de una indemnización patrimonial, puesto que de manera general la actuación administrativa afecta de modo directo a la salud, a la integridad física e incluso a la vida de los pacientes. Pero también en el marco de la responsabilidad sanitaria se reconoce la existencia de daños morales cuando se vulneran determinados derechos inmateriales de las personas.

En relación con la noción de daño moral, sin embargo, se debe reconocer que constituye un concepto dificultoso, relativo e impreciso (como ha apuntado la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1995). A pesar de ello, la jurisprudencia ha ido avanzando progresivamente en una ampliación de esta categoría hasta el punto de que se ha establecido, no sin dificultad como decimos, que este tipo de daño consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, o en un estado permanente o particularmente intenso de impotencia, zozobra, ansiedad o angustia.

La propia dificultad de apreciación de esas situaciones determina, también de acuerdo con la jurisprudencia, la dificultad -cuando no imposibilidad- de alcanzar una cuantificación precisa de la indemnización, es decir, de fijar una valoración objetiva del daño sufrido de acuerdo con unos módulos o criterios predeterminados. Resulta evidente que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que no revista carácter patrimonial.

Así pues, ante la falta de esos criterios, el Tribunal Supremo acude en los diferentes supuestos de los que conoce a la apreciación racional y a la ponderación razonable de las circunstancias del caso, así como a la práctica de la prudencia y de la equidad como parámetros utilizables para determinar el alcance de la compensación. Por último, la producción exclusiva de daños morales conduce al Alto Tribunal a asumir un criterio de prudencia y moderación a la hora de tratar llegar a su determinación.

En el caso que nos ocupa se ha acreditado que aunque el menor fue intervenido quirúrgicamente sin que existiesen razones médicas que pudieran justificarlo, la artroscopia -en sí misma considerada- se practicó sin

infracción de la "*lex artis ad hoc*" y sin que de ella se derivaran secuelas de ningún tipo. De hecho, la parte reclamante no refiere que se le produjeran reacciones adversas ni que de ella se siguiera complicación alguna. Antes al contrario, en el Informe de la Inspección Médica se destaca que el tratamiento que le fue administrado al paciente, consistente en la infiltración de ácido hialurónico, resulta beneficioso para la artropatía que le fue diagnosticada.

No obstante, y como se ha destacado más arriba, el cúmulo de errores y fallos de organización que se han producido en este supuesto concreto permite considerar que se ha provocado al hijo del reclamante, y aún a él mismo, un daño moral que encuentra su origen en circunstancias independientes del resultado de la intervención quirúrgica practicada. Así, conviene recordar que en el escrito de reclamación el interesado expresa su opinión de que el defectuoso funcionamiento de la Administración sanitaria que ha quedado reseñado le ocasionó a su hijo un grave daño moral derivado del sufrimiento o padecimiento psíquico que sufrió y que ello supuso la lesión de su derecho a la autonomía como paciente. De acuerdo con ese planteamiento, entiende que de ese funcionamiento anómalo de la Administración sanitaria nace la obligación de indemnizar el daño producido, y determina el alcance de la reclamación que solicita en la cantidad de 60.000 euros.

A pesar de ello, resulta necesario partir de la consideración de que la indemnización reclamada debe calcularse sobre la base de la efectividad del daño moral realmente provocado en el paciente, atendidas la gravedad de la situación médica en la que se encontraba, la entidad de la operación que se le realizó de manera innecesaria y los riesgos que generalmente se asocian con ella. Asimismo, se deben tomar en consideración las consecuencias que la actuación equivocada haya podido producir respecto de los derechos básicos de la persona a los que se ha hecho anterior referencia (integridad física y psíquica, poder de autodeterminación y dignidad) y que, sin duda, quedaron afectados por la actuación del servicio público sanitario.

De conformidad con lo expuesto, interesa recordar que en el documento de consentimiento informado firmado por el menor (Folio 14 del expediente) se detallan los riesgos derivados de la artroscopia de rodilla y meniscectomía parcial que se llevó a cabo. Así, unos revisten carácter común y se derivan de todo tipo de intervención quirúrgica que, como procedimiento invasivo que es, no está absolutamente exento de riesgos importantes.

De otro lado, otros riesgos derivan del procedimiento específico utilizado y, en este caso, pueden revestir un alcance menor, consistente en la producción de derrames postoperatorios o de dolores en los portales de entrada o de naturaleza articular, o presentar por el contrario una relevancia mayor. Así, se describen como tales riesgos importantes la atrofia en la musculatura, trombosis venosas profundas, infecciones superficiales o profundas, pérdida de algún grado de movilidad y lesiones neuro-vasculares en relación con síndrome compartimental. Excepcionalmente, se apunta que se han descrito graves complicaciones vasculonerviosas que han dado lugar a lesiones irreversibles en el miembro afectado. Con relación a la administración de la anestesia raquídea se advierte que pueden producir, excepcionalmente, reacciones alérgicas, que pueden resultar graves en casos extraordinarios.

Pese a las complicaciones y riesgos que se han descrito, considera este Órgano consultivo que la experiencia permite apreciar que los riesgos médicos que hubo de enfrentar el hijo del reclamante a la hora de someterse a dicha intervención revisten una trascendencia que puede considerarse normal y, por ello, no particularmente grave ni acentuada.

Sin embargo, sí que se puede entender que el grado de sufrimiento o angustia que pudo experimentar el joven sometido a esa intervención quirúrgica y la situación de impotencia y temor que pudo experimentar, así como sus

padres que se encontraban en las propias dependencias sanitarias, fue alto, desde el momento en que bien pudieron temer que la realización de una operación quirúrgica errónea pudiera llegar a producir, aunque no fue el caso, algún tipo de menoscabo en la salud del menor. De cualquier forma, también se debe reiterar la premisa -ya expuesta con anterioridad- de que el sometimiento a una intervención quirúrgica no necesaria coloca a cualquier paciente en una situación de riesgo a la que no debiera tener que hacer frente en ningún caso.

Junto con ello se puede alcanzar la impresión de que también fue alto el grado de afectación de los derechos básicos que le correspondían como paciente, es decir, su dignidad personal, su poder de autodeterminación en relación con su propia salud, el derecho a ser debidamente informado de su situación, el derecho a decidir libremente acerca de las distintas opciones clínicas disponibles y el derecho a negarse a someterse al tratamiento propuesto.

La valoración del daño moral en materia de asistencia sanitaria realizada en anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico se sitúa en una horquilla comprendida entre los 3.000 y los 6.000 euros. Analizados convenientemente en este caso los diversos conceptos que han quedado expresados, esto es, la alta afectación de los derechos que le correspondían al hijo del reclamante como paciente pero la escasa relevancia de los riesgos médicos que pudieron derivarse de la artroscopia, este Consejo Jurídico considera que el importe de la indemnización que por este tipo de daño debe reconocerse a la parte actora debiera ascender a la cantidad de 3.000 euros, de manera similar a lo que reconoció en relación con los casos que trató en sus Dictámenes 63/2005, 76/2013, 140/2013 y 329/2014, entre otros.

Por último, se debe tener en consideración que el importe total de la indemnización que se ha dejado apuntado debe ser actualizado de acuerdo con lo que se establece 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, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización a abonar a la parte reclamante debería ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.