



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **190/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 24 de julio de 2017, 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), mediante oficio registrado el día 21 de septiembre de 2016, sobre responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **268/16**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 14 de enero de 2015, x, y presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud, designando el despacho del letrado x a efectos de notificaciones (sic).

Se describen los siguientes hechos:

1º) x ha seguido tratamiento médico en el Centro de Salud de La Manga y en el Hospital General Universitario Santa Lucía, de Cartagena, con ocasión de su embarazo calificado de alto riesgo.

2º) El 29 de octubre de 2014 acudió a consulta de seguimiento del embarazo en el Centro de Salud, siendo reconocida y explorada, constando en el informe la existencia de movimientos fetales y la auscultación positiva del feto, estando prevista la siguiente cita para el 17 de diciembre.

3º) El 5 de noviembre siguiente, la gestante acudió a la Clínica --, especializada en obstetricia, ginecología y medicina fetal. Después de la exploración se diagnostica "feto sin actividad cardiaca con parámetros de 14 semanas" y que "acudirá a Hospital de referencia para tratamiento evacuador". La edad gestacional según el informe era de 16 semanas y 3 días.

4º) Se expone que, como se puede apreciar, teniendo en cuenta las fechas anteriores, cuando x acude a la Clínica -- el feto no tenía actividad cardiaca desde hacía más de dos semanas, sin embargo en el seguimiento que se hizo el 29 de octubre anterior, una semana antes, no se detecta la ausencia de actividad cardiaca pese a ser

reconocida y explorada.

5º) En el informe clínico de alta del Servicio de Obstetricia del Hospital Santa Lucía, fechado el 7 de noviembre de 2014, con el diagnóstico de aborto tardío y legrado obstétrico, se hace constar que la gestación era de 16 semanas y 5 días y que según la ECO practicada el feto tenía 74 mm de LCN acorde a 14 SG sin actividad cardíaca, lo que viene a coincidir con el informe emitido por la Clínica --.

Se imputa al Servicio Murciano de Salud un funcionamiento anormal del servicio público en el seguimiento del embarazo, pues acude el 29 de octubre de 2014 al Centro de Salud y no se le diagnostica que el feto no tenía actividad cardíaca desde hacía una semana, debiendo practicarse un aborto tardío el 6 de noviembre de 2014, poniendo en grave peligro la vida de la madre. Advierte falta de diligencia del facultativo que realizó las pruebas y que los daños causados habrían sido superiores si se hubiera esperado a la siguiente visita.

Tras exponer los fundamentos jurídicos de la reclamación formulada, se solicita que se reconozca a los reclamantes el derecho a una indemnización que se determinará cuando reciba el alta médica.

Finalmente, propone como medio de prueba la aportación del historial en el Centro de Salud de La Manga y en el Hospital General Universitario Santa Lucía de Cartagena.

Se acompañan los documentos que obran en los folios 5 a 10 del expediente.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de enero de 2015, 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 parte reclamante.

TERCERO.- En esa misma fecha se solicitó a la Gerencia del Área de Salud II copia de la historia clínica de la paciente e informes de los profesionales que le asistieron, en relación con los hechos descritos en la reclamación:

1. El 19 de febrero de 2015 se remite por la Gerencia del Área II de Salud copia de 40 archivos en CD del historial clínico de x (folios 17 a 18).

2. El 25 siguiente se remitió copia de la historia clínica de la paciente en relación con la asistencia recibida en el Centro de Salud de La Manga durante su embarazo. Asimismo se remitieron las siguientes actuaciones:

a) El informe del médico de familia, x, quien expone lo siguiente (folio 22):

"(...) en relación con la información solicitada sobre la atención prestada a x, he de comunicarte que acudió a

consulta el día 02-09-2014 por sospecha de embarazo, realizando comprobación aquí, con test positivo (fecha de la última regla 16-07-2014). Al día siguiente, fue captado para seguir los controles protocolizados en el Programa integral de Atención a la Mujer y atendido en la consulta de la matrona quien procedió a realizar la visita protocolizada.

Se le citó para control analítico del primer trimestre el día 16-09-2014, rellenándole el protocolo de triple screening neonatal ese día.

La siguiente consulta fue el 12-11-2014 para comunicarme la pérdida del bebé, con un estado de abatimiento, insomnio y terrores nocturnos, en principio del todo normal por el proceso de duelo sufrido".

b) El informe del matrn sustituto, x, de fecha 18 de diciembre de 2015, que señala lo siguiente (folio 24):

"(...) confirmo que yo, x, matrn sustituto de x, el 29/10/2015 cuando la paciente acudió a consulta con 15 semanas de gestación, que según el protocolo de seguimiento de embarazo y como está reflejado en el programa informático OMI, AP, NO se realiza la auscultación de la frecuencia cardiaca fetal a la paciente por encontrarse por debajo de la semana 20 de gestación".

3. Con fecha 31 de marzo de 2015 se remitió por la Gerencia del Área de Salud II el informe del Dr. x, Jefe de Sección de Obstetricia del Hospital General Universitario Santa Lucía, de fecha 24 de marzo anterior, respondiendo a las cuestiones planteadas en la reclamación (folio 27):

"(...) Primero: Que la clasificación de embarazos como de "alto riesgo" es un término en desuso por ser ambiguo y por la gran confusión y ansiedad que genera en las embarazadas y en el personal encargado de su cuidado. Así lo recoge el actual PIAM de la Región de Murcia, vigente desde 2012, donde no se habla de embarazos de "alto riesgo", sino de embarazos "con factores de riesgo" (pág. 117). Esta distinción es importante porque permite diferenciar que atención específica requiere cada embarazo según cuales sean esos "factores de riesgo".

Segundo: Que los factores de riesgo que presentaba: "antecedente de preeclampsia y de crecimiento fetal retardado en la gestación anterior", fueron debidamente evaluados tanto en su Centro de Salud como en la Consulta Obstétrica del Primer Trimestre. El día 10-10-2014, en dicha consulta (según consta informe 3105909), se practicó:

- Anamnesis sobre los antecedentes.

- Cribado de aneuploidias, que determinó un índice de riesgo bajo para trisomías 13 y 21.

- Como es preceptivo se calculó la edad gestacional en función de la longitud céfalo nalga fetal. Con dichos datos

la edad gestacional el día de la exploración era 12 semanas y 5 días.

- La ecografía fue normal en cuanto a la morfología y vitalidad fetales: El latido cardiaco era positivo, los movimientos activos y aspecto ecográfico normal.

Se diagnosticó de:

1º Ecografía primer trimestre satisfactoria.

2º Gestación evolutiva de 12+5 semanas.

3º Antecedente de CIR y preeclampsia.

Se programó:

Cita para la Ecografía morfológica de 2º trimestre (como a todas las gestantes). Cita para la Consulta de Medicina Fetal (por los factores de riesgo dichos).

Se indicó:

Control ambulatorio para tensión arterial.

Tercero: Que según esos datos ecográficos, cuando es valorada en el Centro de Salud, el día 29/10/2014 estaría de 15 semanas y 3 días (+/- 5 días). Y el día 5 de noviembre, cuando acude a la clínica privada donde se diagnostica el aborto, estaría de unas 16 semanas y 3 días (+/- 5 días). Aunque allí se informa que es una gestión con parámetros de 14 semanas, esta diferencia es fácilmente explicable tanto porque la datación de edad gestacional por ecografía del primer trimestre tiene un margen de error aceptado de +/- 5 días (mayor aún si estamos ya en el 2º trimestre del embarazo), como que tras la muerte del embrión se produce la pérdida de turgencia de tejidos que dificulta aún más la biometría. Además está la diferencia de medidas que se produce entre distintos observadores.

Por tanto, el aborto se pudo producir tras la exploración en el Centro de Salud donde con técnicas de ultrasonido se detectó actividad cardiaca en el feto. No hubo error sino que el aborto se produjo con posterioridad.

Cuarto: Que la datación de la ecografía de primer trimestre se sigue utilizando para datar la gestación en los siguientes procesos, como su ingreso para realizar legrado evacuador. Por eso el día 06/11/2014 se dice que está de 16+4 (aunque la LCN sea de 74 mm, que es menor que lo esperado por lo que se trata de explicar en el párrafo Tercero)".

CUARTO.- Mediante oficio de fecha 10 de abril de 2015 (notificado el 23 siguiente) se comunicó a los reclamantes la admisión y práctica de la prueba propuesta, habiendo incorporado los historiales solicitados al expediente (folio 28).

QUINTO.- Por sendos oficios de la misma fecha de 10 de abril de 2015 (registro de salida el 15 siguiente) se solicitó informe a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria (folio 29) y se dio traslado del expediente a la Compañía Aseguradora del Servicio Murciano de Salud (--) a través de la correduría de seguros.

SEXTO.- El 7 de septiembre de 2015 (notificado el 15 siguiente), el órgano instructor se dirige a los reclamantes para que se acredite la legitimación activa de x. Asimismo se le requirió para que especificaran la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible (folio 31).

En la contestación realizada por el letrado x, quien dice actuar en representación de los reclamantes (folio 35), se expone que ambos son pareja de hecho, acompañando a efectos probatorios el certificado de empadronamiento de ambos en La Manga del Mar Menor.

Asimismo se reclama a tanto alzado la cantidad de 120.000 euros por los daños morales y demás perjuicios ocasionados, sin perjuicio de la ulterior cuantificación.

SÉPTIMO.- Al considerar que la documentación aportada no acredita la legitimación de x, el órgano instructor, mediante oficio de 20 de octubre de 2015, solicita a los reclamantes el certificado del Registro de Parejas de Hecho o cualquier otra prueba válida en derecho a efectos de acreditar suficientemente la relación de afectividad entre los interesados.

Prevía solicitud de ampliación de plazo concedido para cumplimentar tal requerimiento por el letrado actuante, y concedida la ampliación sin que hubiera presentado la documentación exigida, el 14 de enero de 2016 se elabora por el órgano instructor la propuesta de resolución por el que se tiene por desistido de la reclamación interpuesta en nombre de x, al no haber acreditado suficientemente su legitimación activa.

Sin embargo, el 8 de febrero de 2016 tuvo entrada en el registro de la Administración regional el escrito del letrado x, por el que se acompaña fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco, por lo que el órgano instructor considera suficientemente acreditada la legitimación activa de los reclamantes en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

OCTAVO.- La Compañía Aseguradora -- aportó informe médico-pericial emitido por el Dr. x, especialista en Obstetricia y Ginecología, que fue evacuado el 12 de mayo de 2015 y que concluye lo siguiente (folios 32 a 34):

"De la información consultada se puede concluir que la praxis médica, en relación al manejo de la paciente x durante el control de su segunda gestación es acorde a la Lex Artis ad hoc".

NOVENO.- El 27 de enero de 2016 (notificado al letrado que actúa en representación de los reclamantes el 8 de febrero siguiente) se otorgó trámite de audiencia a las partes interesadas, sin que conste que las mismas hayan formulado alegaciones (folios 43 y 44).

DÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 22 de agosto de 2016, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial porque no ha quedado acreditado por la parte reclamante, a la que incumbe la carga de la prueba, la existencia de un daño, ni las imputaciones de mala *praxis* médica en la asistencia recibida, tratándose de una situación dañosa desgraciadamente sobrevenida (aborto tardío) sin relación de causalidad con el correcto seguimiento y tratamiento que le fue dispensado a la paciente durante su segunda gestación.

UNDÉCIMO.- Con fecha 21 de septiembre de 2016 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.

SEGUNDA.- Régimen jurídico, legitimación, plazo y procedimiento.

I. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC 2015, Disposición derogatoria única, párrafo 2, letra a) la cual, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante, a tenor de lo que establece la Disposición transitoria tercera, letra a) LPAC 2015, a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior. Por tanto, la

nueva regulación será aplicable a los procedimientos de responsabilidad patrimonial iniciados a partir del día 2 de octubre de 2016 (Disposición final séptima LPAC 2015), no siendo el caso del sometido a Dictamen.

II. Los reclamantes ostentan legitimación activa para reclamar, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 LPAC. No obstante, en determinados actos han actuado por medio de representante (cuyo domicilio sólo se indicó en la reclamación inicial a efectos de notificaciones), por lo que cabe recordar que representación ha de acreditarse por cualquier medio válido en derecho, aunque se presuma para actos y gestiones de mero trámite, conforme a lo dispuesto en el artículo 32.3 LPAC (hoy artículo 5 LPAC 2015).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional en tanto que es titular del servicio público de atención sanitaria a la población, a cuyo defectuoso funcionamiento se pretende imputar el daño.

III. La acción resarcitoria ha de considerarse temporánea, toda vez que se ejercitó el 14 de enero de 2015, antes del transcurso del año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, tomando en consideración la fecha del aborto tardío y legrado obstétrico siendo dada de alta el 7 de noviembre de 2014.

IV. 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, salvo el plazo máximo para resolver que ha excedido al previsto reglamentariamente.

De modo particular, interesa señalar que la decisión del órgano instructor de continuar con los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial, una vez transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto para la emisión de informe por parte de la Inspección Médica, aparece justificada en la existencia de elementos suficientes de juicio para adoptar la decisión, de acuerdo con lo señalado en nuestro Dictamen núm. 193/2012.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.

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 razonablemente 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, entre muchos otros, 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 ad hoc*" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta en el caso de que se trate, 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.

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.

CUARTA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que reclama indemnización. Falta de acreditación de infracción a la *lex artis ad hoc* sanitaria.

I. En el presente caso, los reclamantes consideran que ha existido un funcionamiento anormal de servicio público sanitario en la asistencia y seguimiento del embarazo de x el 29 de octubre de 2014, sin que se le diagnosticara en el Centro de Salud de La Manga que el feto no tenía actividad cardíaca desde hacía una semana, hecho que se conoce 7 días después a través de una visita a una clínica privada denominada --, debiendo practicarse un aborto tardío y un legrado obstétrico el 7 de noviembre de 2014 en el Hospital General Universitario Santa Lucía,

coincidiendo los facultativos que el feto dejó de tener actividad cardíaca a las 14 semanas de gestación.

Es decir, a tenor de la imputación formulada se atribuye a la Administración sanitaria un error de diagnóstico, al no detectar en aquella asistencia la ausencia de latido fetal.

Sin embargo, el informe del Dr. X, Jefe de Sección de Obstetricia del Hospital General Universitario Santa Lucía, refuta la existencia de tal error de diagnóstico a partir de la siguiente consideración:

"(...) Que según esos datos ecográficos, cuando es valorada en el Centro de Salud, el día 29/10/2014 estaría de 15 semanas y 3 días (+/- 5 días). Y el día 5 de noviembre, cuando acude a la clínica privada donde se diagnostica el aborto, estaría de unas 16 semanas y 3 días (+/- 5 días). Aunque allí se informa que es una gestión con parámetros de 14 semanas, esta diferencia es fácilmente explicable tanto porque la datación de edad gestacional por ecografía del primer trimestre tiene un margen de error aceptado de +/- 5 días (mayor aún si estamos ya en el 2º trimestre del embarazo), como que tras la muerte del embrión se produce la pérdida de turgencia de tejidos que dificulta aún más la biometría. Además está la diferencia de medidas que se produce entre distintos observadores".

Concluye que *"el aborto se pudo producir tras la exploración en el Centro de Salud donde con técnicas de ultrasonido se detectó actividad cardíaca en el feto. No hubo error sino que el aborto se produjo con posterioridad"*.

En igual sentido el perito especialista de la Compañía Aseguradora expone lo siguiente:

"Es imposible datar el momento de la interrupción del embarazo en base a tamaño de biometría fetal e incluso a tamaño definido por informe de necropsia, puesto que como consecuencia del cese de actividad cardíaca se produce un fenómeno de maceración que tiene como consecuencia la disminución global de todo el organismo fetal que hace imposible datar el momento del cese".

Tales consideraciones médico-periciales no han sido discutidas por la parte reclamante, que ni tan siquiera ha formulado alegaciones tras el trámite de audiencia otorgado para discutir las apreciaciones técnicas que obran en el expediente y que afirman la adecuación a *normopraxis* de las actuaciones sanitarias desarrolladas sobre la paciente.

II. Pero aun en la hipótesis, no verificada como se ha expuesto anteriormente, de que se admitiera un error de diagnóstico en aquella asistencia, el daño alegado (la realización de un aborto tardío y legrado obstétrico) no sería en ningún caso atribuible a la asistencia sanitaria.

De otra parte, los daños sufridos tienen que ver con la pérdida del bebé, como expone el médico de familia (folio 22).

A este respecto, como sostiene la propuesta de resolución, no resulta acreditada la efectividad del daño (a lo que cabría añadir que tampoco se acredita la cuantía solicitada a tanto alzado), exponiendo los reclamantes que dicho error puso en grave peligro a la madre, si bien dicho riesgo, que afortunadamente no se materializó, puede considerarse potencial o futuro a efectos del instituto de la responsabilidad patrimonial, exigiendo el artículo 139.2 LPAC que el daño ha de ser efectivo, excluyendo los hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles (STS, Sala 3ª, de 4 de febrero de 2005 y Dictamen 209/2013 de este Consejo Jurídico).

En el escrito de concreción de la cuantía indemnizatoria (folio 35), los reclamantes aluden al daño moral, si bien sin perjuicio de reconocer la existencia de dicho daño por la pérdida del bebé (hecho que no sería atribuible al Servicio Murciano de Salud como se ha indicado), sin embargo a través del instituto de la responsabilidad extracontractual de la Administración no se resarce cualquier dolor o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico reconocible en el ordenamiento, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídico protegido.

En consecuencia, en ausencia de cualquier prueba en contrario por parte de los reclamantes no cabe sino concluir que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.