



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **88/2018**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 4 de abril de 2018, 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 del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 10 de octubre de 2017, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **295/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 24 de febrero de 2016, x, asistida de Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la, a su parecer, defectuosa asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud.

Relata la reclamante que fue intervenida, por presentar neumotórax, los días 13 de febrero, 5 de marzo y 7 de mayo de 2012 en el Hospital "Santa Lucía" de Cartagena; y el 14 de mayo de ese mismo año en el Hospital Clínico Universitario "Virgen de la Arrixaca" (HUVA), de Murcia, donde se le realiza un talcaje de pulmón.

El 11 de septiembre de 2013 se le diagnostica en el HUVA de hernia diafragmática derecha, consecuencia de la intervención anterior; y el 21 de febrero de 2014 de neumotórax parcial derecho.

El 17 de marzo de 2014 se le prescribe por el Servicio de Ginecología del HUVA tratamiento hormonal para suprimirle la regla, por sospecha de neumotórax catamenial -relacionado con la menstruación- extrapélvico.

A finales de 2014 se le comenta por la doctora que la intervino que como consecuencia de la intervención le ha quedado como secuela una hernia diafragmática ante la que hay que adoptar una actitud conservadora.

Sufre una vida muy limitada con dolores, vómitos y malestar general; y desea quedarse embarazada, pero se le advierte de que correría un gran riesgo.

Descontenta con el resultado de la asistencia médica recibida del Servicio Murciano de Salud, el 6 de abril de 2015 acude al Hospital Quirón de Pozuelo de Alarcón (Madrid) para valoración, siendo intervenida el 2 de junio de reducción de hernia hepática y reconstrucción diafragmática, quedando asintomática.

Reclama la actora una indemnización de 28.459,04 euros, en concepto de gastos de la intervención en la sanidad privada, más 200.000 euros por días de curación y secuelas, que no concreta. En total 228.459,04 euros.

Finaliza la reclamante con la solicitud de que se aporte al expediente la historia clínica de x.

Se adjunta a la reclamación escritura notarial de apoderamiento al Letrado actuante.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, se ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del SMS, 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), al tiempo que solicita copia de la historia clínica e informes a las Gerencias de Área de Salud I y II, y al Hospital "Quirón" de Madrid.

Del mismo modo, se da traslado de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Asesoría Jurídica del SMS y a su compañía aseguradora.

TERCERO.- Recibidos los informes de los facultativos intervinientes y copia de la historia clínica de la reclamante, el 22 de agosto de 2016 se solicita informe a la Inspección Médica. No consta que haya sido evacuado.

Los informes facultativos emitidos por los respectivos servicios de Cirugía de los Hospitales "Santa Lucía" y HUVA son meramente descriptivos de la actuación seguida con la paciente y de su evolución. No obstante, se transcriben a continuación, dado que ilustran acerca de todo el proceso asistencial a que se refiere la reclamación y aportan datos que contradicen el relato de los hechos efectuado por la actora.

Así, el del Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital "Santa Lucía", se expresa en los siguientes términos:

"La paciente fue intervenida en nuestro Servicio el 13 de febrero de 2012, por presentar neumotórax espontáneo en primer episodio, procediendo a toracostomía cerrada con drenaje pleural espirativo. Tras episodio de recidiva del neumotórax es intervenida el 5 de marzo de 2012, repitiéndose el proceso terapéutico y contactando en el Servicio de Cirugía Torácica del HUVA, tras diagnóstico de neumotórax recidivado derecho.

A los dos meses del anterior procedimiento, repite neumotórax espontáneo derecho y procedemos a su tratamiento con la misma técnica anteriormente referida. Volvemos a contactar con el Servicio de Cirugía Torácica del HUVA y se decide traslado interhospitalario para valorar intervención quirúrgica. Durante el segundo ingreso se realizó TAC torácico que descartó la existencia de bullas pulmonares".

Por su parte, el Servicio de Cirugía Torácica del HUVA informa como sigue:

"En los informes de 2012, se describe que la paciente presenta neumotórax catamenial con hallazgo intraoperatorio de múltiples poros y orificios diafragmáticos, con adelgazamiento del hemidiafragma derecho, reparándose los de mayor tamaño y realizándose talcaje para intentar evitar la recidiva del neumotórax.

Posteriormente, es diagnosticada de nuevo de recidiva del neumotórax y de elevación diafragmática derecha (2014). Es valorada en nuestra consulta en 2014. La paciente refiere sintomatología digestiva importante, siendo remitida a Digestivo para valorar estado de la vía hepatobiliar. Se descarta compromiso digestivo. Se realiza estudio funcional respiratorio, con pruebas de espirometría normales (FEV 1 y CVF mayores del 80%), se comenta su deseo de embarazo y el alto riesgo por la hernia. Se realiza estudio para comprobar si se trata de una parálisis-relajación diafragmática o de hernia. Se diagnostica finalmente de hernia diafragmática por EMG y por RMN.

Se explica el procedimiento de intervención y de reparación con sustitución con malla protésica, sus riesgos y beneficios. La paciente en aquel momento (finales 2014-primeros 2015) prefiere no operarse. Al decidirse por tratamiento conservador, se recomienda rehabilitación y fisioterapia respiratoria, quedando a su disposición para ser evaluada en consultas a petición suya (desea consultar sobre posible embarazo). Desde entonces desconocemos cual ha sido la evolución de la enferma hasta la llegada de esta nota interior.

Seguimos a su disposición para continuar, con el seguimiento que proceda".

CUARTO.- Por la aseguradora se aporta informe médico-pericial, emitido por un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo y en Cirugía Torácica, que tras analizar los diversos episodios de neumotórax recurrente en los que la interesada recabó asistencia sanitaria y las intervenciones y actuaciones médicas que se practicaron, concluye:

"1. Fue correcta la colocación de un tubo de drenaje pleural ante un primer episodio de neumotórax espontáneo.

2. Ante un segundo episodio de neumotórax fue correcta la colocación de un drenaje pleural, considerando que no había patología pulmonar en la prueba de imagen.

3. En el tercer episodio de neumotórax fue correcto el traslado al hospital de referencia en Cirugía Torácica con un drenaje del neumotórax.

4. Fue correcta la intervención quirúrgica mediante abordaje toracoscópico, realizando sutura de los orificios diafragmáticos, siendo éstos indicativos de neumotórax catamenial.

5. Fue correcto el tratamiento hormonal para suprimir la menstruación.

6. Fue correcto el estudio realizado para demostrar la herniación diafragmática y las consecuencias de la misma.

7. La hernia diafragmática es una complicación descrita, posible, casual, imprevisible e inevitable.

8. Fue correcta la intervención propuesta a la paciente, que rechazó, para corregir el defecto diafragmático, tratar el neumotórax de origen catamenial y dejar la medicación hormonal que suprime la menstruación".

El informe alcanza la siguiente conclusión final: "A la vista de los documentos contenidos en la Historia Clínica y en los informes aportados, existen datos para concluir que se prestó una correcta asistencia sanitaria en el manejo del episodio asistencial de la paciente, ajustándose a la Lex Artis ad Hoc".

QUINTO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados comparece la actora y obtiene copia del informe pericial unido al procedimiento por la aseguradora. No consta que presentara documentos o alegaciones adicionales o diferentes a las contenidas en el escrito inicial de solicitud.

SEXTO.- Con fecha 20 de septiembre de 2017, la unidad instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos y el daño alegado, cuya antijuridicidad tampoco se habría acreditado, al no advertirse actuación alguna contraria a *normopraxis*.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de octubre de 2017.

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 los artículos 142.3 LPAC y 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.- Régimen jurídico aplicable, legitimación, plazo y procedimiento.

I. En cuanto al régimen jurídico que resulta de aplicación a este procedimiento, conviene recordar que la LPAC ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que 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.

Sin embargo, la Disposición transitoria tercera, apartado a), de la LPACAP dispone que no resulta de aplicación a los procedimientos que, como el que es objeto del presente Dictamen, se hubieran iniciado antes de su entrada en vigor, que se regirán por la normativa anterior. En consecuencia el régimen legal aplicable en el supuesto sometido a consulta es el que establecía la LPAC.

II. Cuando de daños físicos se trata, la legitimación activa reside de forma primaria en quien los sufre en su persona, a quien ha de reconocerse la condición de interesado de conformidad con lo establecido en los artículos 31 y 139 y siguientes de la LPAC. Cuando, como en el supuesto sometido a consulta, también se reclaman los gastos habidos en la sanidad privada, dicha legitimación ha de reconocerse a quien haya efectuado el desembolso de los referidos gastos, por el detrimento patrimonial que conllevan.

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

III. En relación con el requisito del plazo, el artículo 142.5 LPAC establece que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Atendida la fecha en que la interesada acude a la sanidad privada y le informan de la posibilidad de un tratamiento quirúrgico para su dolencia y se opera (abril-junio de 2015), la presentación de la reclamación en febrero de 2016 ha de considerarse temporánea.

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.

Por otra parte, en cuanto a continuar el procedimiento sin haber llegado a evacuarse el informe de la Inspección Médica, conforme al Protocolo de Agilización de los procedimientos de responsabilidad patrimonial aprobado por el Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud en fecha 27 de mayo de 2011, este

Órgano Consultivo muestra su conformidad con tal decisión en el presente caso, puesto que concurre el supuesto considerado en nuestro Dictamen núm. 193/2012: *"sólo cabrá continuar los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial una vez transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto en el artículo 42.5,c) LPAC sin que se haya evacuado el informe preceptivo y determinante, cuando en el expediente existan suficientes elementos de juicio para adoptar la decisión que resuelva el procedimiento, pues de lo contrario la Administración no podría resolver expresamente sobre el fondo hasta tanto no fueran emitidos aquellos informes y cumplidos los demás trámites preceptivos"*. Efectivamente, la decisión contenida en la propuesta de resolución elevada se sostiene en suficientes elementos de juicio, dado que el informe de los facultativos actuantes permite conocer la praxis seguida con la paciente y que se le ofreció una alternativa quirúrgica que aquélla rechazó, que el informe pericial de la aseguradora confirma la adecuación a la *lex artis* de las actuaciones médicas, y dado que la reclamante no ha presentado prueba pericial que rebata los informes técnicos obrantes en el expediente.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario: 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 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.- Examen del funcionamiento del servicio público. Daño alegado y falta de acreditación del nexo causal.

De los términos en que se expresa la reclamación, cabe deducir que para la actora la opción terapéutica adoptada por el Servicio de Cirugía Torácica del HUVA a finales de 2014, de instaurar un tratamiento conservador para la hernia diafragmática que presentó tras las sucesivas intervenciones a que debió someterse para la resolución de los neumotórax recidivantes que padecía, resultó equivocada. Entiende que debió practicarse, ya en ese momento y una vez diagnosticada la hernia, la intervención quirúrgica a la que posteriormente vino obligada a someterse en la sanidad privada. De haberse actuado así, se habrían evitado o minimizado las molestias y limitaciones que para su vida diaria le suponía dicha lesión diafragmática (dolores, vómitos casi diarios, fatiga y malestar general), que le impedía hacer vida normal y activa y sufriendo un gran riesgo en caso de quedarse embarazada, como era su deseo. Que la intervención estaba indicada lo demuestra el hecho de que una vez operada en una clínica privada, han desaparecido las indicadas molestias y limitaciones y puede hacer una vida enteramente normal.

Para la propuesta de resolución, sin embargo, la atención sanitaria dispensada a la paciente fue correcta en todo momento, llegando a proponerle el Servicio de Cirugía Torácica del HUVA someterse a la misma intervención de corrección diafragmática que posteriormente se le practicó en Madrid. En el momento en que decide voluntariamente acudir a la sanidad privada, rompe cualquier nexo causal que pudiera existir entre la actuación del sistema sanitario público y las secuelas por las que reclama.

Veamos, pues, la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

1. Sobre los gastos reclamados.

Conforme se desprende de los Antecedentes, la reclamante solicita ser resarcida no sólo por los daños físicos que dice haber sufrido (secuelas, que no concreta, y días de incapacidad), sino también de los gastos realizados en la sanidad privada, daños que imputa a un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios regionales en forma de inadecuado tratamiento de la hernia diafragmática.

Ha de advertirse, no obstante, que no consta que dicho desembolso económico fuera realizado por la interesada ni su cuantía, pues ha omitido la reclamante aportar al procedimiento documentación alguna (facturas, justificantes bancarios, etc.) que acredite tales extremos.

En cualquier caso, en relación con los gastos ocasionados en la medicina privada, como venimos indicando en reiterados Dictámenes (por todos, el núm. 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 sostenido la concurrencia de una urgencia vital, el resarcimiento de los daños por los que ahora se reclama depende de que pueda considerarse acreditado que la demora u omisión de la intervención quirúrgica a la que finalmente fue sometida en la clínica privada, constituyera un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria, que a la luz de la situación clínica de la paciente no adoptara la decisión terapéutica que aquélla demandaba y que, en consecuencia, no advirtiera la necesidad de operar a la enferma ya en el momento en que se le diagnostica la hernia. En caso contrario existiría el deber jurídico de soportar tales gastos (artículo 141.1 LPAC).

2. Sobre la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño y su antijuridicidad.

Como se ha expuesto, la interesada no imputa el daño a las diferentes intervenciones a que hubo de ser sometida para la resolución de los neumotórax recurrentes que fue sufriendo durante el año 2012, sino al hecho de que una vez diagnosticada la hernia diafragmática se le instaurara por decisión del Servicio de Cirugía Torácica del HUCA un tratamiento meramente conservador que, lejos de mejorar su patología, la limitaba funcionalmente.

Sin embargo, frente a lo expresado por la interesada, el indicado Servicio le propuso el 5 de noviembre de 2014 someterse a una intervención de reparación diafragmática. Así se recoge en el informe del indicado Servicio evacuado en respuesta a la reclamación planteada (*"se explica el procedimiento de intervención y de reparación con sustitución con malla protésica, sus riesgos y beneficios"*) y consta, asimismo, en la historia clínica, al folio 97 del expediente, una anotación de la cirujana torácica relativa a la información facilitada a la interesada acerca del procedimiento a seguir en caso de realizarse la intervención.

Señala, asimismo, el informe de Cirugía Torácica que la paciente optó por una actitud conservadora, pautándole fisioterapia respiratoria y rehabilitación, sin que volvieran a tener noticias de x hasta que se les dio traslado de la reclamación.

Tales afirmaciones del Servicio de Cirugía Torácica no han sido negadas por la interesada con ocasión del trámite de audiencia.

Corolario de lo expuesto es que la decisión de la hoy actora de no someterse a la intervención propuesta en la sanidad pública y sí hacerlo, por el contrario, en una clínica privada fue una opción libre y voluntaria de aquélla que no resulta en modo alguno imputable al servicio público sanitario, que le ofreció la posibilidad de operarse sin coste económico para la enferma. En tales circunstancias, no cabe considerar que el daño consistente en los gastos habidos en la sanidad privada fuera causado por acción u omisión del servicio público sanitario, de modo que la decisión de la interesada de solicitar asistencia fuera del Sistema Nacional de Salud sólo a ella le resulta imputable, impidiendo reconocer la necesaria existencia de nexo causal entre el daño alegado y el servicio público que se exige por el ordenamiento para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración titular del servicio, nexo que habría quedado roto por la propia actuación de la perjudicada, viniendo ésta obligada en consecuencia a soportar el coste de la intervención.

Del mismo modo y respecto de las secuelas y días de sanidad por los que reclama, sin perjuicio de advertir su falta de concreción y acreditación en el expediente, tampoco serían imputables al servicio público sanitario. Y es que, si la acción se refiere al período de tiempo transcurrido desde que se le diagnosticó la hernia diafragmática y hasta que fue intervenida en la clínica privada, la eventual demora en operarse sólo a su decisión sería imputable, no a la Administración, que ya en noviembre de 2014 (8 meses antes de la intervención) le ofreció practicarle la misma operación y sin coste.

Si, por el contrario, se refiere la interesada a los días de sanidad relativos al período que transcurre entre el primer neumotórax (en 2012) y la intervención en junio de 2015, ha de señalarse que tal daño tampoco sería imputable a la Administración desde el momento en que ninguna actuación facultativa contraria a la *lex artis* ha podido acreditarse por la interesada en todo el proceso de su enfermedad, constando por el contrario una pericia médica aportada por la aseguradora del SMS que afirma el ajuste a *normopraxis* de toda la actuación asistencial desplegada para la atención de la paciente, incluido el ofrecimiento de la intervención en el momento en que se le hizo por el Servicio de Cirugía Torácica del HUVA.

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, toda vez que no se aprecia la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, cuya antijuridicidad tampoco habría quedado acreditada.

No obstante, V.E. resolverá.

