



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **93/2018**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 11 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 Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 24 de noviembre de 2017, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **363/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 17 de octubre de 2012 x presenta en el registro de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia una solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que incumbe a la Administración de acuerdo con lo que se establece en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), entonces vigente.

El interesado explica en la reclamación que en el año 2006 comenzó a ser tratado por el Servicio Murciano de Salud de su patología de índole traumática, que requería la implantación de una prótesis de cadera, que, sin embargo, nunca se le colocó por causas ajenas a su voluntad, a pesar de las numerosas solicitudes que presentó. Añade que incluso se le negó la posibilidad de solicitar una segunda opinión facultativa. Por ese motivo, dada la falta de tratamiento adecuado, viene soportando innumerables molestias y dolores, sin que la Administración sanitaria acceda a continuar el tratamiento.

Además, entiende el reclamante que el desdén del Servicio Murciano de Salud en lo que atañe al correcto tratamiento de su patología supone una negligencia grave, que comporta la responsabilidad patrimonial administrativa.

Con vistas a determinar el perjuicio sufrido, entiende que sería conveniente que fuese revisado por la Inspección Médica. No obstante, en concepto de daño moral, y sin perjuicio del pronunciamiento que pueda efectuarse de las secuelas que se le hayan producido, reclama un mínimo de seis millones de euros (6.000.000 ?).

SEGUNDO.- El 13 de noviembre de 2012 la Jefa de Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud remite un

escrito al interesado en el que le solicita que especifique las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad que pueda existir entre ellas y el funcionamiento del servicio público y el momento en que la lesión se produjo.

De igual modo, le demanda que indique el centro sanitario al que imputa un deficiente funcionamiento y le recuerda la posibilidad de que concrete los medios de prueba de los que pretende valerse.

Por último, le advierte de que en el supuesto de que no proceda a la subsanación requerida, se le tendrá por desistido de su petición.

TERCERO.- El día 30 de noviembre se recibe una carta del reclamante en la que explica que en el Hospital *Morales Meseguer*, de Murcia, le hicieron un diagnóstico falso en relación con su cadera izquierda, y que el Dr. x, del Servicio de Traumatología, le dio de alta del tratamiento sin implantarle una prótesis. También apunta que tiene numerosos testigos entre el personal sanitario (entre ellos, del Hospital *Virgen de la Arrixaca*, de Murcia) de que la operación resultaba necesaria, a la vista de las radiografías que se le realizaron.

También menciona que en el Hospital *Los Arcos*, de San Javier, le prescribieron entre los años 2004 y 2005 que se realizara un test de alergia, aunque lo debían efectuar en el Hospital Naval de Cartagena. Como ingresó en la Residencia *San Basilio* de Murcia, no fue posible que continuara siendo tratado en el Hospital *Los Arcos*.

En relación con los daños que padece, refiere que sufre un fuerte dolor en la pierna izquierda y que le faltan casi 7 cm de longitud del hueso del muslo, y que la columna vertebral tiene un arco que le causa dolores, al igual que en la rodilla. Por último, añade que necesita muletas para moverse por la calle.

Por último, denuncia que lo que justifica el falso diagnóstico que emitió el Dr. x no es el peligro de sufrir una infección, sino simple y pura hostilidad.

Junto con la solicitud adjunta numerosos documentos de carácter clínico.

CUARTO.- El Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta una resolución el 13 de diciembre de 2012 por la que admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designa a la instructora del procedimiento, lo que es debidamente notificado al interesado junto con un escrito en el que se contiene la información a la que se hace referencia en el artículo 42.4 LPAC.

QUINTO.- Por medio de comunicaciones fechadas el 13 de diciembre 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 -- para que lo comunique a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

SEXTO.- Mediante otros escritos de esa misma fecha, el órgano instructor solicita a las Gerencias de las Áreas de Salud I-Hospital *Virgen de la Arrixaca* y VI-Hospital *Morales Meseguer* que remitan copias de las historias clínicas del reclamante de las que respectivamente dispongan y los informes de los profesionales que le atendieron, acerca de los hechos expuestos en la solicitud de indemnización.

SÉPTIMO.- Con fecha 16 de febrero de 2013 se recibe un oficio del Director Gerente del Área I de Salud con la que adjunta la copia de la historia clínica solicitada y el informe emitido el día 5 de ese mes por el Dr. x en el que expone lo siguiente:

"El citado paciente fue reconocido en nuestro Servicio en Noviembre-2011.

Se pidieron pruebas complementarias como Rx. y estudio en Servicio de Alergia y valoramos las presentadas por el paciente.

Al mismo tiempo se solicitó estudio en Servicio de Preadnestesia, previendo posible intervención quirúrgica en su cadera, intervención muy compleja y que requeriría otras posteriores.

A la vista de las exigencias hechas por el citado paciente, incluso esquema de la prótesis que había que colocar, y dadas las dificultades del caso, se informó al Servicio de Admisión de que no podíamos satisfacer su petición, por lo que continuamos tratamiento".

OCTAVO.- El 26 de marzo de 2013 tiene entrada en el Servicio Murciano de Salud una nota interior de la Dirección Gerencia del Área VI de Salud con la que acompaña una copia de la historia clínica solicitada, y el informe médico emitido, el día 20 de ese mes, por el Dr. x, facultativo especialista de área de Traumatología y Cirugía Ortopédica. En dicho documento se pone de manifiesto lo que seguidamente se transcribe:

"Paciente remitido para valoración de artrosis de cadera izquierda. Previamente rechaza la atención de otros facultativos (Dres. x, y) sin motivo aparente y argumentando razones personales. El paciente es atendido en Consultas Externas en múltiples ocasiones tal y como admite en su reclamación y dejó de acudir a las mismas por voluntad propia.

Su cuadro clínico consiste en un cuadro doloroso en cadera izquierda controlable con analgésicos y que permite la deambulación. Presenta antecedente de osteomielitis postquirúrgica en fémur proximal por osteosíntesis de fractura de fémur izquierdo (04-2001) que precisó varias reintervenciones y extracción de material de osteosíntesis (09-2003) para control de la osteomielitis. El paciente refiere alergias a metales (aleaciones de aluminio y titanio). Ante el riesgo de fracaso de la artroplastia de cadera (implantación de prótesis total) por reactivación de la infección y por la alergia a metales se solicita: 1) Informe de alergia: sensibilización cutánea a cromo cobalto (12-2011). Aporta informe previo de alergia: la negatividad actual no excluye la posibilidad de sensibilizaciones posteriores (03-2007); 2) Los estudios analíticos y gammagráficos no descartan curación de la infección.

Considerando la situación clínica del paciente y el alto riesgo de fracaso de la implantación de una prótesis articular por la infección y la intolerancia a metales se desaconseja el tratamiento quirúrgico una vez discutido el caso en sesión clínica de todo el servicio de Traumatología. Seguidamente se le explica la situación al paciente en varias ocasiones con todo detalle sin que éste acepte el consejo médico. Además resulta desconcertante que el paciente pretenda imponer un diseño de prótesis y unas aleaciones metálicas sin tener ningún conocimiento médico y exigiendo que sea financiado por el sistema sanitario público.

Se atiende al paciente para tratamiento de otras patologías: se solicita ecografía y se remite a anatomía patológica para estudio de tumoración axilar (10-2009).

Conclusiones:

1) Se consideran FALSAS todas las acusaciones del reclamante; queda claro que ha sido atendido en muchas ocasiones.

2) Se ha aconsejado al paciente lo más conveniente para su patología teniendo en cuenta los posibles beneficios y los riesgos del tratamiento quirúrgico que éste EXIGE con evidente falta de educación y sin tener ninguna formación médica".

NOVENO.- El 9 de abril de 2013 se remite una copia del expediente a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud y se requiere de la Subdirección General de Atención al Paciente e Inspección Sanitaria que la Inspección Médica emita un informe valorativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

DÉCIMO.- Obra en el expediente un informe médico pericial, aportado por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, realizado por un médico especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología el 3 de junio de 2013. En ese documento se contienen las siguientes conclusiones:

"1.- Aunque una artrosis de cadera suele acabar precisando una PTC (prótesis total de cadera), la indicación y el momento de implantarla lo decide el especialista, de acuerdo con el paciente.

2.- Mientras el tratamiento conservador sea eficaz, se debe retrasar al máximo posible la colocación de una PTC.

3.- En ocasiones existen factores que pueden contraindicar una intervención quirúrgica, bien por el riesgo de fracaso de la misma, bien por poner en peligro incluso la vida del paciente. Esta era exactamente la situación con este caso.

4.- Los especialistas de los hospitales involucrados en el tratamiento de este paciente actuaron según un criterio unánime y siempre buscando lo mejor para el paciente, constituyendo este hecho (el no colocar la PTC), por

supuesto, ninguna actuación incorrecta".

Por último, se plasma como conclusión final que *"No ha existido mala praxis en ningún momento por parte de los especialistas de los Hospitales Morales Meseguer y V. de La Arrixaca, los cuales han actuado según su criterio, basado en la experiencia profesional y buscando lo mejor para el paciente".*

UNDÉCIMO.- Por medio de sendos escritos fechados el 12 de julio de 2013 se confiere el oportuno trámite de audiencia al reclamante y a la empresa aseguradora.

El interesado presenta el 30 de julio un escrito con el que aporta una carta del Dr. x, del Hospital *San Carlos*, de Murcia, fechada el 17 de septiembre de 2001, en la que se indica que el paciente fue intervenido de su cadera izquierda, que debe realizar 20 sesiones de fisioterapia y rehabilitación y que, si no mejorase, sería necesario realizarle una nueva intervención quirúrgica. A su juicio, ello demostraría que el diagnóstico del Dr. x era falso.

El 11 de marzo de 2014 se remite una copia de ese documento a la Inspección Médica.

DUODÉCIMO.- El 8 de noviembre de 2016 se recibe una nota interior de la Dirección de los Servicios Jurídicos con la que se remite una copia del Decreto dictado, el 19 de octubre de ese año, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia en los trámites del Procedimiento Ordinario núm. 292/2016. En virtud de esa resolución, se admite a trámite el recurso de esa naturaleza interpuesto por el reclamante y se solicita que se remita a ese órgano jurisdiccional el expediente administrativo y que se realicen los emplazamientos correspondientes, lo que se lleva a efecto en la forma debida.

DECIMOTERCERO.- El 2 de marzo de 2017 se recibe el informe valorativo realizado por la Inspección Médica el 27 de febrero anterior en el que se recogen las siguientes conclusiones:

"1. El reclamante, en relación con su patología de cadera izquierda, fue atendido adecuada y profesionalmente por especialistas médicos del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HGU Morales Meseguer, los cuales pusieron a disposición del caso todos los medios del Servicio Público de Salud que consideraron necesarios para la mejor resolución del caso.

2. El paciente, en relación con dicha dolencia, fue atendido del mismo modo por especialistas médicos del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HCU Virgen de la Arrixaca, los cuales en apariencia desconocían que la propuesta de atención por su patología de cadera izquierda había sido rechazada meses atrás por el Servicio de Admisión del centro, habiendo hecho constar tal circunstancia y finalizando la atención que se le prestaba a causa de las exigencias manifestadas por el paciente en cuanto a diseño, medidas y materiales de la prótesis a implantar.

3. Por tanto, en el HCU Virgen de la Arrixaca se desestimó también la posibilidad de intentar la intervención (la cual conforme a lo manifestado por su Jefe de Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica se presumía

complicada y que hubiera requerido de posteriores intervenciones) al constatar tras las exigencias manifestadas por el paciente que su derivación al centro no había sido admitida por el Servicio de Admisión.

4. Conforme a los datos obrantes en el expediente se desestimó por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HGU Morales Meseguer el implante de la prótesis total de cadera que el paciente exigía o reclamaba con insistencia tras haberse valorado detenidamente el caso y situación del paciente, su edad y los riesgos y beneficios propios de la intervención, y entre ellos las consecuencias que podría tener sobre su salud la aparición de rechazo a los materiales o de complicaciones infecciosas potencialmente graves, tras haber sufrido ya un rechazo e infección previos que obligaron a intervenirle de urgencia en el año 2003.

5. La decisión o decisiones que, en el ámbito propio de su especialidad, adoptaron los traumatólogos del Servicio Público de Salud en el HGU Morales Meseguer no puede presentar carácter de protocolizada al exigir la toma en consideración de múltiples factores tales como edad y estado del paciente, presencia o no de sintomatología dolorosa, grado de deambulación autónoma ("Su cuadro clínico consiste en un cuadro doloroso en cadera izquierda controlable con analgésicos y que permite la deambulación", hoja nº 93) y circunstancias como aparición previa de rechazo al material e infección (con necesidad de su retirada urgente), alergia conocida a metales presentes en el material de osteosíntesis y prótesis habituales e imposibilidad de poder descartar aparición de nuevas sensibilizaciones a metales o a las aleaciones alternativas (metales cuya composición en cualquier caso, al menos en las prótesis empleadas habitualmente en el Servicio Público de Salud, no alcanzaría un 100% de grado de pureza), así como la potencial gravedad de la reactivación de focos óseos infecciosos y la presencia de captación patológica del trazador en las gammagrafías óseas que le fueron practicadas, las cuales, si bien permitían descartar patología infecciosa aguda en el momento de las pruebas, obligaban a considerar la posibilidad de reactivación del foco infeccioso, con alto riesgo de fracaso de la implantación de una prótesis articular.

6. Con los antecedentes de osteomielitis del paciente que obligaron en 2003 a extraerle el material de síntesis que le había sido implantado en su cadera izquierda tras la fractura sufrida en el año 2001, la captación gammagráfica patológica en los estudios realizados a pesar de no presentar hallazgos de proceso infeccioso activo o agudo en el momento de su realización podría por sí misma desaconsejar el tratamiento de reemplazo de la articulación de la cadera e implante de prótesis, dado el alto riesgo de reactivación del foco infeccioso.

7. El paciente diseñó su propia prótesis, diseño estructural y de materiales que aportó tanto a los traumatólogos que le atendieron en el HGU Morales Meseguer como a los que lo hicieron en el HCU Virgen de la Arrixaca, no habiendo aceptado solución alguna distinta a aquella derivada de su exigencia personal de que en cualquier caso le fuera implantada la prótesis total de cadera que exigía, situación que se pone ampliamente de manifiesto en los diferentes escritos y quejas remitidos al Servicio de Atención al Paciente del HGU Morales Meseguer y a la Subdirección General de Asistencia Especializada, así como al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud con motivo de la instrucción del presente expediente de reclamación patrimonial y en los que cuestiona abiertamente las decisiones facultativas aparentando además hacer caso omiso a los argumentos y consideraciones legales que reiteradamente aquéllos le expusieron relativas tanto al derecho a una segunda opinión médica como a la libre elección de profesionales en el Servicio Murciano de Salud.

8. Se desconoce si en el ámbito de la sanidad privada podrían ser satisfechas tales exigencias de tratamiento por cuanto afectan a las decisiones quirúrgicas a adoptar, diseño y medidas de la prótesis y elección de sus materiales, no estando exento dicho ámbito (como tampoco lo estaría el de los servicios sanitarios públicos) de la exigencias de responsabilidad que pudiera derivarse de posibles complicaciones, precoces o tardías, locales o sistémicas, que pudieran acaecer tras la intervención.

9. En determinados momentos de la asistencia objeto de la presente reclamación la Subdirección General de Atención Especializada le comunicó que no existe el derecho a la segunda opinión médica en el Servicio Público de Salud en cuanto a la patología concreta que le afecta, habiéndose ajustado dicha consideración a la legislación vigente en materia sanitaria autonómica cuyo articulado queda reflejado en las comunicaciones que le fueron efectuadas.

10. Las actitudes terapéuticas sobre el paciente fueron tomadas valorando beneficios y riesgos de la cirugía del paciente a pesar de su insistencia y de haber diseñado, sin aparente conocimiento para ello, su propia prótesis a medida, circunstancia no habitual en la práctica médica de los especialistas médicos que le atendieron tanto en el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HGU Morales Meseguer como en el del HCU Virgen de la Arrixaca.

11. Por tanto, las decisiones terapéuticas adoptadas en el presente caso (de gran complejidad como se pone manifiesto en el informe emitido por el Jefe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HCU Virgen de la Arrixaca) se han fundamentado en la historia clínica y antecedentes patológicos del paciente al margen de cualquier exigencia reiterada por éste (en cuanto a diseño, materiales y en cuanto a la propia decisión de la actitud terapéutica, quirúrgica o no, a adoptar) y en diversos momentos ante los especialistas médicos del Servicio Público de Salud que le han venido atendiendo durante los años en que transcurrió la asistencia objeto de la presente reclamación., haciéndose extensiva dicha apreciación tanto a la actuación de los traumatólogos del HGU Morales Meseguer como a los del HCU Virgen de la Arrixaca que posteriormente lo atendieron, no habiendo lugar a censura alguna respecto a su actuación por cuanto el Servicio Público de Salud puso a disposición del paciente todos los medios a su alcance y que consideró necesarios para la mejor resolución del caso, pudiendo corresponder en cualquier caso al ámbito de actuación de la sanidad privada el cumplimiento de las particulares exigencias de tratamiento efectuadas por el reclamante y que se ponen objetivamente de manifiesto en la documentación obrante en el expediente.

12. Las decisiones facultativas, y especialmente aquellas de tipo especializado quirúrgico, corresponden al ámbito de actuación profesional del personal directamente involucrado en su atención conforme a la formación específica que posee para ello y las normas inherentes a una buena praxis médica, correspondiendo a su vez al paciente, en el ejercicio de su autonomía recogido y regulado en la legislación vigente, otorgar su consentimiento o no y someterse a tales procedimientos conforme a los límites y pautas marcadas por la ley, no habiendo lugar en el presente caso a considerar mala praxis alguna en la actuación de los diferentes facultativos médicos del Servicio Público de Salud, especialistas en Traumatología y Cirugía Ortopédica, que han atendido sucesivamente al reclamante y que finalmente han desestimado la práctica de la intervención quirúrgica que el paciente les ha venido exigiendo.

13. Finalmente, y conforme a los datos obrantes en el expediente, no se objetiva daño alguno derivado de mala praxis, asistencia o actuación médica indebida alguna, por acción u omisión, llevada a cabo o efectuada por los diferentes profesionales sanitarios que atendieron o intervinieron sucesivamente en la atención del reclamante con motivo de su patología de cadera izquierda, y ello especialmente en lo relativo a la actuación del profesional o profesionales sanitarios especialistas médicos del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HGU Morales Meseguer que lo atendieron inicialmente y sobre los que centra el grueso de su reclamación por cuanto por ellos fue desestimada en un primer momento la práctica de la intervención que dicho paciente reclama".

DECIMOCUARTO.- El 9 de marzo de 2017 se confiere un nuevo trámite de audiencia a las partes de este procedimiento pero no consta que ninguna de ellas haya hecho uso de este derecho en esta ocasión.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 20 de noviembre de 2017 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por no haberse acreditado la concurrencia de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, en concreto la relación de causalidad entre el daño reclamado y la asistencia prestada por los facultativos que le asistieron en el Servicio Murciano de Salud.

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 24 de noviembre 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 legal aplicable, legitimación y procedimiento seguido.

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) y que este nuevo Cuerpo legal y 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 establece que no resulta de aplicación a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, sino que se regirán por la normativa anterior. De conformidad con ello, el régimen legal que resulta aplicable en este caso es el que se contenía en la LPAC.

II. La reclamación ha sido interpuesta por una persona interesada que es quien sufre los daños morales por los que solicita una indemnización.

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. 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 se advierte que se ha sobrepasado en exceso el plazo de tramitación del procedimiento al que se refiere el artículo 13.3 RRP, lo que ha venido motivado, en buena medida por la necesidad de esperar a que la Inspección Médica emitiera su informe.

TERCERA.- Acerca del elemento temporal de la reclamación: Prescripción de la acción de resarcimiento.

Acerca del requisito del plazo, el artículo 142.5 LPAC establece que, en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En relación con este caso, este Consejo Jurídico no puede entender acertadas las consideraciones que, sobre el estudio del elemento temporal de la acción de resarcimiento, se contienen en el cuarto Considerando de la propuesta de resolución de la que aquí se trata.

En ella se recuerda que la reclamación se interpuso el 17 de octubre de 2012 y se reconoce que se pueden generar dudas acerca de la posible prescripción de la acción de resarcimiento, dado que el reclamante pudo presentar la reclamación en el primer momento en el que se le denegó la intervención de implante de PTC. Así, se destaca que el Jefe de Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital *Morales Meseguer* emitió el 24 de noviembre de 2010 un informe a ese respecto (folio 99 del expediente).

No obstante, se señala que también es cierto que la última vez que se le comunicó al interesado la imposibilidad de que se le realizara la intervención fue en noviembre de 2011, una vez que se llevaron a cabo diversas pruebas por el Servicio de Traumatología del Hospital *Virgen de la Arrixaca*. Por tanto, en consideración a esa fecha, entiende la instructora del procedimiento que se debe considerar que la reclamación se presentó de manera temporánea, dentro del plazo de un año establecido legalmente.

Como se ha anticipado, se debe discrepar, sin embargo, de esa interpretación porque supone desconocer la efectividad que en este ámbito ofrece el principio de la *actio nata* (*actio nondum nata non praescribitur*) -al que tantas veces se ha referido este Órgano consultivo- que se recoge en el artículo 1969 del Código Civil, según el cual el plazo de prescripción comienza a correr desde que la acción pudo ejercitarse, es decir, desde que se tuvo constancia de los elementos que permitían su ejercicio, esencialmente de la existencia de un daño y de su ilegitimidad.

No cabe duda de que el daño por el que el interesado demanda una indemnización reviste el carácter de daño continuado, puesto que se encontraba pendiente de que se le realizara la intervención de implante de PTC y que ello le pudo provocar una cierta situación de desazón o zozobra ante la incertidumbre sobre si finalmente se iba a poder llevar a cabo.

Como también se ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de numerosa doctrina consultiva, se puede distinguir entre daños permanentes, es decir, entre aquéllos en los que el acto generador de los mismos se agota (en el sentido de producir sus efectos) en un momento concreto, de modo que resulta inalterable y permanente el resultado lesivo, y daños continuados, que son los que se producen día a día, de manera prolongada y sin solución de continuidad, por lo que resulta necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente sus consecuencias; en este último caso, el plazo para reclamar no empieza a contarse sino desde el día en que cesan los efectos.

Según se relata con claridad en el informe de la Inspección Médica (folios 365 a 369), el reclamante, disconforme con la decisión facultativa de no intervenirle, presentó el 18 de octubre de 2008 una reclamación ante el Servicio de Atención al Usuario del Hospital *Morales Meseguer* y solicitó ser derivado al Hospital *Virgen de la Arrixaca*. La petición fue calificada como solicitud de una segunda opinión médica y fue definitivamente desestimada por el Subdirector General de Asistencia Especializada del Servicio Murciano de Salud el 25 de enero de 2011 (folio 79 del expediente).

Por lo tanto, el día inicial del cómputo de un año (*dies a quo*) debe localizarse en el momento en el que pudo recibir la referida comunicación (lo que no aparece reflejado en el expediente administrativo pero se debió producir pocos días después), pues desde entonces el reclamante fue plenamente consciente de que se le había denegado la implantación de la prótesis, de que no se iba a emitir una segunda opinión médica y de que no iba a ser derivado al Hospital *Virgen de la Arrixaca*. En ese momento, como se ha dicho, tuvo constancia de la concurrencia de los elementos que permitían el ejercicio de la acción de resarcimiento.

Otra cosa distinta es que, con posterioridad a esa fecha (el 6 de junio de 2011), y debido a la insistencia del paciente, se cumplimentó una propuesta de derivación a Consultas Externas de Traumatología de ese hospital (folios 15, 75 y 77), que fue rechazada al día siguiente, 7 de junio de 2011 (folio 368).

Y también es otra cosa diferente que finalmente el paciente fuese valorado en ese Hospital *Virgen de la Arrixaca* al hilo de la asistencia que se le prestó en relación con otra intervención, totalmente distinta, que se le había realizado allí en 2010. Y que se solicitara un nuevo estudio de alergia a metales que se llevó a efecto a finales de 2011 y que motivó la emisión de un último informe en enero de 2012 (folio 104).

Como se ha dicho, es algo bien distinto porque la determinación del día de inicio del plazo de prescripción no puede quedar abierto *sine die* ni diferido a la mera voluntad del reclamante o a la circunstancia de que, por su insistencia, se prolonguen las atenciones médicas más allá de lo que hubiera resultado procedente en otro caso.

En consecuencia, la aplicación debida del principio de seguridad jurídica y la apreciación de que en el momento al que se ha hecho alusión (finales de enero de 2011) el interesado fue conocedor de la concurrencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción conducen, necesariamente, a que se deba declarar que había prescrito cuando se presentó, en octubre de 2012, y que por ese motivo procede desestimar la reclamación presentada.

Sin perjuicio de lo que se ha expuesto, y dado que se han traído al procedimiento dos informes -uno de ellos de la Inspección Médica- que analizan la práctica médica seguida, conviene efectuar algunas consideraciones acerca del fondo del asunto que, asimismo, conducen a tener que rechazar la existencia de la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

CUARTA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE, según el cual *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. Por otra parte, el Texto Constitucional (artículo 43.1) también reconoce *"el derecho a la protección de la salud"*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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

1. La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
2. Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
3. Ausencia de fuerza mayor.
4. Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo con sujeción a la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la

actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

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

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

QUINTA.- Sobre el fondo del asunto.

Como ya se ha explicado más arriba, hay que destacar que tampoco se hubiera podido estimar la solicitud de indemnización por las razones que seguidamente se exponen.

Ya se ha dicho que el interesado presenta una reclamación porque considera que se le ha prestado una asistencia sanitaria deficiente puesto que ni los facultativos del Hospital *Morales Meseguer* ni los del Hospital *Virgen de la Arrixaca* le realizaron la intervención de implante de PTC que precisa. Sin embargo, no apoya su imputación con ningún informe pericial que le sirva de sustento.

Según se deduce de la lectura del expediente administrativo, el reclamante se produjo en el año 2001 la fractura de la cadera izquierda que fue tratada mediante osteosíntesis. Sin embargo, sufrió una infección en el miembro inferior izquierdo y se le tuvo que extraer ese material en el año 2003.

En el mes de agosto de 2004 el paciente deambulaba con andador y se encontraba asintomático. Se le realizó entonces una gammagrafía ósea que mostró un foco de captación patológica en la articulación coxofemoral, que

afectaba al cuello y a la cabeza femoral. El hallazgo fue poco sugestivo de la existencia de un proceso infeccioso en ese momento, aunque no se podía descartar por completo. En aquellas fechas se empezó a valorar la posibilidad de realizar un implante de PTC.

El interesado advirtió que estaba sensibilizado a ciertos metales, por lo que se realizó en abril de 2005 el correspondiente estudio de alergia en el Hospital *Morales Meseguer*. El resultado que se obtuvo permitió diagnosticar una dermatitis de contacto por sensibilización a cromo, cobalto y níquel, aunque resultaba dudosa para titanio, por lo que se recomendaba evitar su uso (folio 156 del expediente administrativo).

El 3 de marzo de 2007 (folio 78) se remitió de nuevo al reclamante a consulta de alergia, para que se valorase la posibilidad de implantar una prótesis de cerámica y tantalio. El estudio concluyó que en aquel momento no se advertía sensibilización al tantalio aunque ello no implicaba que no se pudiera producir una sensibilización posterior (folio 110).

El paciente continuó siendo sometido a control. A pesar de ello, exigía que se le implantara la PTC e incluso aportó diseños hechos por él de la posible prótesis, a pesar de que carecía de especiales conocimientos para ello. Como explica el Dr. x en su informe (Antecedente octavo de este Dictamen y folio 93 del expediente administrativo), debido a la situación clínica del paciente se le desaconsejó el implante dado el alto riesgo de complicaciones que llevaba consigo. Fue valorado por distintos especialistas de Traumatología y se comentó el caso en sesión clínica, en la que todos los facultativos coincidieron con ese criterio.

En noviembre de 2010 se informó de que no tenía indicación quirúrgica para PTC (folio 99) por lo que en el mes de diciembre de ese año solicitó poder recabar una segunda opinión, aunque se le denegó porque su proceso no se encontraba incluido en el ámbito de aplicación del Decreto nº 71/2007, de 11 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en la red sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia.

El interesado solicitó el 6 de junio de 2011 que se le concediera un cambio de hospital por lo que fue remitido al Hospital *Virgen de la Arrixaca*. Allí se le realizaron nuevos estudios de alergia (29-12-2011) cuyas pruebas resultaron positivas para cromo y cobalto y negativos para níquel, aluminio, vanadio, titanio y tantalio.

De acuerdo con el informe de ese Hospital, de 5 de febrero de 2013 (folio 91), se valoró realizar la intervención, aunque finalmente se desistió de ella debido a la complejidad que presentaba y las dificultades del caso.

Como expone en su informe el perito médico (Antecedente décimo), la toma de analgésicos mejoraba sensiblemente el estado del reclamante, por lo que no había necesidad imperiosa de colocar la prótesis. Además, resalta que la indicación de hacerlo debe adoptarse teniendo en cuenta los factores y las circunstancias individuales del paciente, y se debe descartar que se pueda producir una infección y el aflojamiento de los componentes. A ello hay que añadir que se trata de una intervención no exenta de riesgos, que puede comprometer incluso la vida del paciente.

También apunta que en este caso, a los riesgos propios de la intervención se sumaba el hecho de que el

interesado hubiera parecido en esa zona una infección profunda años antes, que afectaba al hueso (osteomielitis). Aunque todo parecía indicar que estaba curada, sucede que con facilidad se puede reactivar, sobre todo como consecuencia de una cirugía. A ello se debe añadir, asimismo, la alergia a muchos metales que padece el interesado. Por lo tanto, resulta evidente que la relación riesgo/beneficio era desfavorable y que el hecho de que no se haya implantado la PTC no constituye ninguna actuación incorrecta (Conclusión 4ª de su informe).

De igual modo, en el informe de la Inspección Médica se expone (Conclusión 5ª) que la decisión de los especialistas del Hospital *Morales Meseguer* exigía -como efectivamente se hizo- tomar en consideración factores como la edad y el estado del paciente; la presencia o no de sintomatología dolorosa; el grado de deambulación autónoma; la aparición previa de rechazo al material e infección (con necesidad de su retirada urgente); la alergia conocida a metales presentes en el material de osteosíntesis y prótesis habituales; la imposibilidad de poder descartar la aparición de nuevas sensibilizaciones a metales o a las aleaciones alternativas, así como la potencial gravedad de la reactivación de focos óseos infecciosos y la presencia de captación patológica del trazador en las gammagrafías óseas que le fueron practicadas. Los resultados obtenidos en este último caso permitían descartar una patología infecciosa aguda en el momento de las pruebas pero obligaban a considerar la posibilidad de reactivación del foco infeccioso, con alto riesgo de fracaso de la implantación de una prótesis articular.

Asimismo, se añade que las actitudes terapéuticas que se adoptaron por los facultativos de los dos hospitales tomaron en cuenta los beneficios y los riesgos de la cirugía del paciente (Conclusión 10ª). De ello se concluye que no cabe entender que se produjera una actuación contraria a la *lex artis ad hoc* y, por ello, un mal funcionamiento del servicio sanitario (Conclusiones 11ª, 12ª y 13ª).

En consecuencia, sólo se pudo concluir -además de lo que ya se puso de manifiesto en la Consideración anterior- que el interesado fue debidamente asistido por la Administración sanitaria; que no fue en ningún momento desatendido por ella; que la colocación de una PTC estaba claramente contraindicada debido a las circunstancias personales que concurrían en él y al alto riesgo de fracaso que se apreciaba, y que, como consecuencia de ello, no se le provocó ningún daño de carácter físico que deba ser objeto de resarcimiento económico. Por otro lado, también hay que destacar que el reclamante no ha acreditado de ninguna forma el daño moral que se le pudo provocar por ello y para cuya reparación solicita una indemnización de seis millones de euros.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se debe considerar prescrita la acción de indemnización interpuesta ya que en el momento en el que se presentó la reclamación había transcurrido en exceso el plazo de un año que se contempla en el artículo 142.5 LPAC, argumento que debe recogerse expresamente en la resolución que ponga fin al procedimiento como causa principal de desestimación de la pretensión resarcitoria.

SEGUNDA.- En cualquier caso, y en cuanto al fondo del asunto, se considera que no ha resultado acreditada la existencia de un daño real y efectivo, ni moral ni físico, que deba ser indemnizado por lo que procedería asimismo la desestimación de la reclamación planteada.

No obstante, V.E. resolverá.

