



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **9/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 9 de enero de 2019, 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 27 de junio de 2018, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **194/18**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D.ª X presentó una reclamación registrada el día 9 de julio de 2015, en el hospital general universitario Santa Lucía, de Cartagena, que fue remitida por dicho hospital al Servicio Jurídico de la Secretaría General Técnica del Servicio Murciano, junto con la contestación dada a la paciente por el Jefe del Servicio de Oftalmología de dicho hospital y copia del documento de consentimiento informado para la intervención de vitrectomía que le fue practicada firmado por la paciente.

En dicha reclamación solicita una indemnización, cuya cantidad no concreta, por la pérdida de visión en su ojo derecho tras ser intervenida quirúrgicamente por un desprendimiento de retina, así como una indemnización por importe de mil doscientos euros (1.200 €) por los gastos que había tenido que abonar en la sanidad privada a la que se había visto obligada a acudir por la atención sanitaria prestada. Además, se quejaba de la atención prestada por el doctor Y que, afirma, actuó con falta de *"corrección y respeto"*.

En un escrito posterior, cuestionó que no se utilizará aceite de silicona en la segunda intervención y concretaba que tuvo que acudir a la sanidad privada por *"la falta de realización de las pertinentes pruebas tendentes a determinar las causas de no recuperar mi visión"*.

SEGUNDO.- Por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 1 de septiembre de 2015, se admitió a trámite la reclamación, que fue notificada a la interesada, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la correduría "Aon Gil y Carvajal", a efectos de su comunicación a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

TERCERO.- En esta misma fecha, se solicitó a la Gerencia del Área de Salud II, copia de la historia clínica de la

paciente e informes de los facultativos que la atendieron, documentación que fue recibida e incorporada al expediente.

De esta documentación resulta de interés el informe emitido por el doctor Y, Jefe del Servicio de Oftalmología, del hospital general Universitario Santa Lucía, en el que hace constar lo siguiente:

"1º Se realizó la primera cirugía del desprendimiento de retina del ojo derecho, en el primer día hábil de quirófano tras su diagnóstico, cumpliéndose los plazos que marca la prioridad 1 establecida por el Servicio Murciano de Salud.

2º No nos consta que haya recibido esta paciente un trato poco educado o descortés. De cualquier forma, en las visitas posteriores que ha realizado la asegurada, se han personado en la consulta terceras personas, para garantizar al paciente y al facultativo que la atiende, que no medie ninguna subjetividad en la interpretación de la atención recibida.

3º Tras la reclamación recibida, la paciente ha presentado dos recidivas más, del desprendimiento de retina, y ha sido necesario taponarla con aceite de silicona en la última cirugía llevada a cabo el 28 de septiembre de 2015.

Se le ofreció a la asegurada la posibilidad de ser intervenida por otro doctor, y decidió que volviese a ser el doctor Y, lo que entra en contradicción con la supuesta "falta de respeto" que la paciente aduce.

4º Recordamos que en la cirugía de retina, -tal y como recoge el documento de consentimiento informado-, que la paciente firmó, se puede producir: "... La pérdida total de visión en algunos casos...", dado que esta patología implica una separación de las capas neurosensoriales de la retina; y aunque se obtenga una reaplicación anatómica, no se garantiza la funcional".

CUARTO.- El día 4 de marzo de 2016 se solicita Informe a la Subdirección de Atención al Ciudadano Inspección Sanitaria, remitiendo el expediente a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

QUINTO.- La compañía aseguradora "Mapfre" aporta dictamen pericial de 23 de octubre de 2017 sobre el contenido de la reclamación. En él, tras hacer un resumen de los hechos y formular las oportunas consideraciones médicas concluye que:

"IV.- CONCLUSIONES MÉDICO-PERICIALES.

1. Las distintas intervenciones quirúrgicas realizadas fueron bien indicadas y correctas.

2. En el caso particular de la paciente, existía un peor pronóstico al producirse 2 redeshprendimientos de retina con proliferación vítreoretiniana.

V.- CONCLUSIÓN FINAL

La actuación médica y quirúrgica se ajustó a la lex artis.

El redespndimiento de retina es un factor de riesgo para la aparición de proliferación vítreoretiniana y nuevo redespndimiento de retina, lo que constituiría un factor de mal pronóstico y sería causa del mal resultado visual final".

SEXTO.- Al no recibirse el informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales en el plazo establecido, se aplicó el "Protocolo de Agilización del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial", aprobado por acuerdo del Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud de 27 de mayo de 2011, que en su apartado cuarto determina que *"el plazo máximo para emitir este informe será de tres meses, pasado este periodo sin haberlo emitido, se continuarán las actuaciones. Si la instrucción lo considerara necesario se podrá solicitar el informe técnico sanitario a un perito médico especialista, que deberá emitirlo en un plazo no superior a 30 días, dando por cumplido este trámite"*. De acuerdo con lo anterior y, conforme al artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), habiendo transcurrido el plazo máximo de tres meses y existiendo suficientes elementos de juicio para adoptar una decisión (en atención a lo así dictaminado por el del Consejo jurídico de la Región de Murcia, dictamen 193/12) se decidió continuar con la tramitación del procedimiento.

SÉPTIMO.- Una vez instruido el procedimiento, conforme al artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), se abrió el trámite de audiencia a la reclamante y a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, a efectos de que en el plazo de 10 días formularan las alegaciones y presentaran los documentos que estimaran convenientes.

Dentro de dicho período, la reclamante presentó escrito en el que cuestionaba la imparcialidad del informe pericial aportado por la compañía aseguradora y se reiteraba en lo alegado en su reclamación y escrito posterior, relatando, como prueba del mal funcionamiento de la administración sanitaria, que la extracción del aceite de silicona aplicado en el ojo se realizó un año y cuatro meses después de ser incluida en la lista de espera de la intervención.

OCTAVO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP, de aplicación en atención a la fecha en la que ocurrieron los hechos de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración autonómica, al ser de su titularidad el hospital general universitario Santa Lucía de Cartagena donde acontecen los hechos.

Finalmente, la reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, pues la primera intervención que sufrió se había realizado el 6 de abril de 2015.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP. No obstante, se advierte que, en contra de lo que es habitual, en los expedientes tramitados en materia de responsabilidad patrimonial por la Consejería consultante la resolución por la que se admite la reclamación y designa instructor -actuación que, a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 RRP, se ha de anteponer a cualquier otro acto o trámite- no se dicta hasta bien avanzada la tramitación del expediente.

TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

- La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

- La relación de causa - efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

- Ausencia de fuerza mayor.

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 puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios.

En ausencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto, se utiliza con generalidad el criterio de la *"lex artis ad hoc"*, como criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico), que se plasma en una consolidada línea jurisprudencial: 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 (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002 y de 6 de febrero de 2007).

La aplicación de estos principios al supuesto obliga a hacer las siguientes consideraciones:

1. En lo que se refiere a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, este Órgano Consultivo considera que la realidad de tales hechos no ha quedado plenamente demostrada en el expediente, al menos por lo que a los gastos incurridos respecta, y tampoco que sean debidos al funcionamiento del servicio público.

2. En efecto, aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que los reclamantes no deban aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa. En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que "...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama". Añadiendo en su sentencia de 11 de septiembre de 1995 que "esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor, mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración".

Este Consejo Jurídico ha venido destacando la carga probatoria que incumbe a los reclamantes en la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003 y 28/2004).

3. En el supuesto que nos ocupa, la interesada presenta su escrito de reclamación inicial, firmado el 7 de julio de 2015, con una doble naturaleza.

A) Por un lado, ella misma lo califica de "denuncia" contra el Jefe de Servicio de Oftalmología del referido hospital, haciendo distintas afirmaciones en las que se basa como *"1) Falta de respeto y malos modos y maneras mostradas hacia mi persona cada vez que he acudido a su consulta y que si se tiene en cuenta su condición de empleado al servicio de la sanidad pública es evidente que éste ha faltado a sus deberes y obviando, por tanto, mis derechos a ser tratada en todo momento con la debida atención y corrección.*

2) Dejadez profesional, puesto que considero que no me ha prestado ni mostrado interés alguno en diagnosticar la causa o motivo por el que la intervención que me efectuó "no ha funcionado" según sus palabras.

Todo esto, en base a los hechos que voy a relatar, ciñéndome a lo relativo en el trato y atención de este señor...". Es decir, en la solicitud inicial la reclamante pone de manifiesto lo que ella considera un maltrato personal, ineducado, solicitando en primer lugar "Que en mi próxima consulta (24-9-2015) se me trate con la corrección y respeto que toda persona merece, ya que el día 14-5-2015, el trato recibido fue para mí humillante y vejatorio, ya que este señor (Y) parece que carece de sensibilidad y humanidad".

Es decir, después de la primera intervención quirúrgica, tuvo como primer motivo para reclamar el trato inadecuado que había recibido, por lo que también solicitaba que se le informara adecuadamente de las *"...causas, motivos o razones por los que ya aludido Sr. no procedió a prescribirme la realización de pruebas médicas tendentes a determinar el origen o causa de que su intervención "no ha funcionado". Si la retina estaba bien ¿por qué motivo yo no veo? ¿O acaso el sí conocía el motivo y de ahí su desinterés en mi caso?*

En realidad, tales peticiones se subsumen mejor en la calificación de "denuncia" como bien hace la reclamante, siendo unos hechos que no corresponde analizar en el ámbito en que se desarrolla la reclamación por responsabilidad patrimonial competencia de este órgano consultivo, razón por la cual ningún pronunciamiento cabe hacer sobre ellas porque, el análisis jurídico de la cuestión planteada pasa por recordar, como viene reiterando la Jurisprudencia y la doctrina, que el instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial administrativa es de carácter exclusivamente resarcitorio de un daño producido a un tercero en un caso concreto, y no un instrumento sancionador para la Administración. Por ello, un hipotético funcionamiento anormal de un servicio público no es circunstancia suficiente para reconocer una indemnización si no puede considerarse razonablemente acreditado que ha causado, total o parcialmente y con arreglo a un criterio de imputación objetiva y adecuada, un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar.

B) Ahora bien, el escrito inicial sí formula una verdadera reclamación por responsabilidad patrimonial al invocar un daño, la pérdida de visión del ojo derecho, cuyo valor no concreta, y otro que la interesada cifra en 1.200 €, por los gastos realizados al acudir a la sanidad privada, daños que, si pueden reunir los requisitos de ser efectivos, evaluables económicamente, individualizados, antijurídicos y consecuencia del funcionamiento del servicio público.

Aquí hemos de señalar que, salvo sus manifestaciones en dicho escrito y en los posteriores que fue presentando durante la instrucción, no ha aportado prueba alguna para sustentar su reclamación.

4. El conjunto de documentos que obran en el expediente permite extraer conclusiones que fundamentan la desestimación formulada en la propuesta de resolución puesto que:

4.1. Es cierto y así se acredita que la interesada ha sufrido la pérdida de visión en su ojo izquierdo como consecuencia de la reiteración de desprendimientos de retina que ha sufrido desde marzo de 2015 y que ha obligado a que sea intervenida en tres ocasiones para intentar evitarlo. Pero tal hecho, por sí solo, no es suficiente para entender que el daño reúna los requisitos antes dichos.

Los informes del Jefe de Servicio de Oftalmología y de la compañía aseguradora "Mapfre", no contradiados por prueba pericial alguna aportada por la interesada, ponen de manifiesto que las actuaciones diagnósticas y terapéuticas que fueron adoptándose a la vista de la evolución de la paciente han de considerarse correctas, empleándose los medios idóneos, única obligación que cabe exigir a la actuación sanitaria, que, como se ha dicho, no es una obligación de resultados, máxime cuando éstos pueden ser inevitables a pesar de haberse adoptado una asistencia correcta en los términos y parámetros indicados.

Así, se constata con la mera lectura del dictamen del perito de la compañía aseguradora cuando expresamente señala en sus conclusiones médico-periciales que:

1. Las distintas intervenciones quirúrgicas realizadas fueron bien indicadas y correctas.

2. En el caso particular de la paciente, existía un peor pronóstico al producirse 2 redesprendimientos de retina con proliferación vítreoretiniana.

Y como conclusión final señala que: *"La actuación médica y quirúrgica se ajustó a la lex artis.*

El redesprendimiento de retina es un factor de riesgo para la aparición de proliferación vítreoretiniana y nuevo redesprendimiento de retina, lo que constituiría un factor de mal pronóstico y sería causa del mal resultado visual final".

4.2. En cuanto al resarcimiento de los gastos en que incurrió la interesada al solicitar los servicios de la sanidad privada, tampoco se puede considerar que sea admisible. En primer lugar, no se acreditan con aportación de justificante alguno y, en segundo lugar, porque el reintegro de gastos que, por no haberse acordado -en el supuesto de que se hubiera solicitado de lo que no hay constancia en el expediente- se estaría reclamando ahora, lo sería si la atención se hubiera dispensado en caso de "urgencia vital", requisito éste exigido por la normativa de aplicación, constituida por el Real Decreto 63/1993, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de la Seguridad Social. Concretamente en su artículo 5.3 determina que *"En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción".* Conforme a la

consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación del citado artículo 5.3, los únicos gastos susceptibles de reintegro al amparo del mismo, y reclamables ante la jurisdicción social (al tratarse de una prestación en materia de Seguridad Social) son, exclusivamente, los derivados de una situación de urgencia vital que no pudiera atenderse en el sistema público; y que los perjuicios económicos (en forma de gastos por asistencia en centros sanitarios privados, u otros) causados por denegación indebida de asistencia, retraso injustificado en la atención sanitaria o error de diagnóstico en centros públicos, deben considerarse imputables al funcionamiento anormal de la Administración sanitaria y, por tanto, ser objeto de reclamación en vía contencioso-administrativa, ex artículos 139 y siguientes LPAC (al igual, pues, que las secuelas físicas o psíquicas que dicho anormal funcionamiento hubiese causado). Dicha jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 1 de octubre de 1998, 29 de marzo y 5 de julio de 1999) es recogida y analizada por la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de octubre de 2002.

Como puede apreciarse ninguna de las condiciones exigidas por la jurisprudencia se dan en el presente caso. No se trataba de una situación de urgencia vital que no pudiera atenderse en el sistema público, puesto que se acredita que se le practicaron hasta tres intervenciones quirúrgicas con sus correspondientes controles. Lo anterior convierte en obviedad que no se denegó indebidamente la asistencia. Tampoco los daños fueron causados por un retraso injustificado en la prestación de asistencia: el retraso que denuncia la reclamante se refiere a la retirada del aceite de silicona, pero, como se desprende del informe del perito de la compañía aseguradora, ningún mal pudo causar pues -el aceite de silicona- *"...permanece ejerciendo su efecto para mantener la retina aplicada hasta ser retirada. Posteriormente, puede retirarse en un segundo acto quirúrgico ya que generalmente la agudeza visual mejora al retirarla"*. Desgraciadamente, en este caso esa mejoría no se produjo.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los elementos determinantes de la misma.

No obstante, V.E. resolverá.