



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **60/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 14 de febrero 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 3 de diciembre de 2018, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **325/18**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 31 de marzo de 2017 tuvo entrada en el Registro la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña X contra el Servicio Murciano de Salud (SMS) por los daños sufridos como consecuencia del mal funcionamiento de sus servicios a raíz de la práctica de un legrado a que fue sometida el 4 de abril de 2016 en el Hospital "Virgen de la Arrixaca" (HUVA). En esa intervención se tomaron dos muestras que habían de ser remitidas una a Anatomía Patológica, y la otra a la Unidad de Genética, para la elaboración en esta última del análisis genético que determinará cuál era la razón de los sucesivos abortos que había padecido. Sin embargo, las dos muestras fueron enviadas a Anatomía Patológica impidiendo así la realización del análisis genético. Según consta en su reclamación *"Quien suscribe esta diagnosticada y operada dos veces a consecuencia de endometriosis, lo que supone una pérdida de fertilidad. De hecho, ya había sufrido dos abortos bioquímicos o temprano, y otros de más avanzada gestación, e iba a ser sometida a un segundo legrado en 4.4.2016, y en el curso del mismo extraer muestras para análisis genético y poder determinar si era un problema mío o del embrión. Se me practica el legrado, y se toman las muestras que debían ir una anatomía patológica y la otra a Genética. La muestra de Genética, por error se fue también Anatomía Patológica, con lo que no se pudo obtener el análisis genético preciso para poder determinar cuál era el origen del problema"*. Más adelante continúa señalando que al asistir a la consulta de Prenatal 3, en mayo de 2016, es cuando supo de la pérdida de la muestra que debía haber sido enviada a Genética y *"A raíz de ahí, entre en una época de ansiedad y estrés, derivado de la edad que tenía, el posible límite biológico, y la imposibilidad de saber si podía haber algún otro problema en un embarazo."*

El sufrimiento padecido por quien reclama, es algo que no tiene precio. El daño moral y la incertidumbre padecido durante cerca de un año ha sido extremo. Y existe, además, una pérdida de oportunidades derivada del hecho de que sin embrión no se puede realizar análisis genético que de una vez hubiera clarificado posibles problemas genéticos de la reclamante o del embrión.

Es por ello, que, por otro lado, no pretendiendo que se pueda tildar la reclamación como un intento de resarcimiento a ultranza, es por lo que para cuantificar la pérdida de oportunidades y el daño moral, se acude al

estrés postraumático y, concretamente, a aplicación analógica del Baremo de Autos vigente (ley 35/15), tabla 2.A.1, en grado moderado (01158) que se valora entre tres-cinco puntos, valorada en cinco puntos, y 39 años, correspondería 4.931,02 euros".

SEGUNDO.- El 9 de mayo de 2017, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) dictó resolución admitiendo a trámite la reclamación interpuesta y designando al Servicio Jurídico del SMS órgano encargado de la instrucción, incoándose el expediente número 220/17. La resolución se notificó al interesado el día 17 de mayo de 2017. Igualmente se remitió copia de dicha resolución a la Gerencia del Área de Salud I, HUVA, en demanda de la copia compulsada y foliada de la historia clínica de la interesada así como los informes de los profesionales implicados en el proceso asistencial. Por último, se remitió el escrito de reclamación a la Correduría de seguros "Aón Gil y Carvajal" para su traslado a la compañía aseguradora.

TERCERO.- El Director Gerente HUVA contestó el requerimiento el 6 de julio de 2017 remitiendo la información solicitada entre la que se encontraba incluido el informe de la doctora D^a. Y, del Servicio de Obstetricia y Ginecología, así como de D^a. Z, Supervisora de Área Partorio-Quirófano de Urgencias del Maternal.

En el informe de la doctora Y, de 23 de mayo de 2017, se describe el proceso a que fue sometida la paciente indicando que "El legrado es realizado el 04/04/2016, por la doctora W (residente) con mi ayuda y supervisión, cursando sin incidencias y obteniendo moderados restos de aspecto ovular, que se remiten a Anatomía Patológica (en formol). El embrión se envía en suero fisiológico a genética.

La petición de AP se realiza en Selene y la genética en P10 escrito a mano, siendo esta la vía habitual para ambas peticiones.

Por motivos que desconozco parece ser que ambas muestras fueron llevadas a Anatomía Patológica, aunque el patólogo no identifica embrión en ninguna de las dos.

En el momento de contestar esta reclamación Dña. X se encuentra gestante de 34 semanas con una evolución satisfactoria de su embarazo".

Por su parte, el informe de doña Z indica que "En las funciones de los enfermeros instrumentistas y circulantes del Quirófano de Urgencias Maternal, se incluye la custodia de las "muestras" que se generan tras cirugía, seguimiento de la petición y registro interno para controlar el envío al Servicio que proceda para posterior estudio. Por los mencionados profesionales así se realizó de forma protocolizada. Desconozco el motivo por el que la muestra no se envía correctamente".

CUARTO.- Con escrito de 24 de julio de 2017, la instrucción solicitó de la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria la emisión del informe valorativo de la reclamación por parte de la Inspección Médica. En la misma fecha se remitió el expediente a la Correduría de seguros para que fuera incluido en la próxima reunión a celebrar por la Comisión.

QUINTO.- Mediante nota interior recibida el 27 de febrero de 2017, se comunicaba a la Secretaría General Técnica del SMS el decreto dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cuatro de Murcia, en el procedimiento abreviado número 45/2018, así como de la demanda interpuesta por doña X a fin de que se remitiera al juzgado cuantos antecedentes obrasen en la Secretaría general, con envío de copia a la Dirección. El requerimiento fue cumplimentado mediante oficio de 6 de marzo de 2018 dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cuatro de Murcia. En la misma fecha se remitió copia del expediente a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

SEXTO.- Con escrito de 5 de julio 2017 se remitió al órgano instructor el informe de la Inspección de Médica que había sido emitido el día 3 anterior.

SÉPTIMO.- El día 17 de septiembre de 2018 se remitió al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, para su incorporación al procedimiento abreviado número 45/2018, el informe de la Inspección Médica.

OCTAVO.- El 2 de octubre de 2018 se comunicó al interesado la apertura del trámite de audiencia, formulando alegaciones que presentó mediante escrito de 15 de octubre de 2018, reiterando la petición de estimación de la reclamación "*... dado que los hechos constan reconocidos en el expediente administrativo, con el estrés que a una mujer produce la pérdida de pruebas médicas, sin llegar a conocer la razón de su problema y si puede conllevar algún riesgo o complicación en los nueve meses de un embarazo*". Y continuaba indicando que "*La pérdida o extravío de unas muestras remitidas para análisis, para averiguar cuestiones relativas a la salud, sin poder conocer alcance de un problema de salud, pues de otro modo no se habrían tomado muestras para análisis, es un comportamiento gravemente negligente, que puede llegar incluso a ser fatal, y que en el presente caso ha dejado sin respuesta a mi representada, respuesta que no se va a recibir, y que habría recibido de haberse realizado el análisis*". Termina reclamando la indemnización de 4.331,02 euros más los intereses desde la fecha de la reclamación.

NOVENO.- La instrucción formuló su propuesta de resolución, de 23 de noviembre de 2018, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial interpuesta por no concurrir los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

DÉCIMO.- 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 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 los artículos 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

SEGUNDA.- Legitimación, representación, plazo y procedimiento.

En lo que se refiere a la legitimación activa, la reclamante reúne las condiciones para considerar que la ostenta a la vista de lo establecido en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

En cuanto al plazo, se ha ejercitado la acción dentro del año previsto en el artículo 67 LPACAP.

Por último, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPACAP. No obstante, cabe advertir, en cuanto a la interposición por los interesados de un recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta, que, como ya indicamos en nuestro Dictamen 3/2008, tal circunstancia no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 21 LPACAP) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, siempre que no se haya dictado sentencia por parte del correspondiente órgano jurisdiccional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues la reclamante podría solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso, antes de adoptar la resolución habrá de comprobarse si ha recaído sentencia para abstenerse, en caso afirmativo, de dictar la resolución. Esta llamada de atención es especialmente necesaria en el caso examinado pues consta en el expediente (folio 172) el decreto de la Letrada de la Administración de Justicia, de 16 de febrero de 2018, por la que se cita a las partes a la celebración de la vista el día 16 de enero de 2019.

TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.

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: *"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 32 y ss. LRJSP y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) 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.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) 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 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. La actuación del médico ha de llevarse a cabo 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 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 (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos.

Para la reclamante, la defectuosa asistencia prestada en el HUVA le privó de conocer el resultado de un análisis de genética que hubiera permitido saber cuál era la causa de los sucesivos abortos que había experimentado. La pérdida de la muestra dirigida a la unidad de genética lo impidió, generando, según la reclamante un daño moral, pues, a tenor de su reclamación *"El sufrimiento padecido por quien reclama, es algo que no tiene precio. El daño moral y la incertidumbre padecido durante cerca de un año ha sido extremo. Y existe, además, una pérdida de oportunidades derivada del hecho de que sin embrión no se puede realizar análisis genético que de una vez hubiera clarificado posibles problemas genéticos de la reclamante o del embrión"*.

Es evidente que 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).

La reclamante no ha traído al procedimiento informe pericial alguno que demuestre la existencia del daño alegado.

Es cierto que el extravío de la muestra dirigida a Genética se produjo y así queda constatado en el expediente, tanto por el informe de la doctora Y, como por el de la Supervisora del Área de Parto-Quirófano del Maternal. Pero a la vista de que en las muestras dirigidas a Anatomía Patológica no se encontraron restos embrionarios que pudieran ser base de un análisis genético, de no haberse producido el error y haber llegado a Genética, el análisis pretendido tampoco se hubiera podido realizar, razón por la que de esa pérdida no se derivó ningún efecto negativo, es decir, que el daño que podía suponer es inexistente. Así se confirma en el informe de la Inspección Médica en el que en el apartado de su "Juicio crítico" se hace un estudio detenido de la trayectoria de la paciente, de los diversos episodios sufridos a lo largo de los años, y de los tratamientos a los que fue sometida, que le llevan a afirmar que *"Por tanto, siendo multifactorial la causa de los abortos de repetición, en la paciente se realizaron en 2015 las pruebas necesarias para el estudio citogenético de doña X y su pareja con resultado de normalidad de histeroscopia normal"*. Por tal motivo, en la Unidad fetal por sus alteraciones de endometriosis y abortos previos de repetición del primer trimestre sin haber encontrado el causa que lo justificara, el 1 de abril se diagnosticó un nuevo aborto diferido de repetición, optando la paciente por el legrado que se realizó el día 4 de abril siguiente. La intención era realizar un estudio citogenético, pero como dice el informe de la Inspección Médica, *"El estudio citogenético del producto de la concepción no se recomienda como método de rutina, se considera aconsejable en los casos de parejas sometidas a tratamiento específico por AR (que no es el caso de la paciente). A medida que aumenta el número de abortos en las parejas, como es el caso de Dña. X, disminuye progresivamente la prevalencia de anomalías cromosómicas en el embrión y se incrementa en cambio la posibilidad de una causa materna recurrente no identificada y aunque es inevitable tener la sensación de pérdida y sentirse derrotadas, las tasas de éxito de fertilidad no se ven disminuidas y en los siguientes intentos lo logran, como así ocurre al conseguir unos meses después una nueva gestación..."*. La Conclusión 3 es terminante al afirmar que *"Dña. X con cariotipo normal y una hija nacida sana en 2014, en el legrado de abril de 2016 se envía de forma errónea a anatomía patológica el material embrionario que iba dirigido a genética para poder analizar (no considerado como un método de rutina para la causa de abortos de repetición). En anatomía patológica se confirmó la falta de embrión para poder analizar y que no influyó en el conocimiento de la causa multifactorial de los problemas sufridos por la paciente, sabiendo que meses después del legrado se confirmó una nueva gestación con el nacimiento el 05/08/2017 por parto normal de una niña sana de 3,875 gr"*.

Pero lo realmente reclamado es el daño moral, es decir el sufrimiento que pudo haber experimentado la interesada desde el mes de mayo de 2016, fecha en la que se enteró del extravío producido. Como prueba del mismo no se ha aportado tampoco ningún informe pericial, ni de la lectura de su historia clínica puede extraerse dato alguno que constatare haber requerido el auxilio del sistema ante el desasosiego que estaría en su origen. Sólo consta la afirmación de la reclamante. Ante esa circunstancia no puede considerarse probado tampoco ese pretendido daño moral. No obsta a lo anterior que se reconozca que la repetición de abortos pudiera ser la causa de un sentimiento de tristeza, como así reconoce el informe de la Inspección Médica que expresamente afirma que, ante esa situación *"...es inevitable tener la sensación de pérdida y sentirse derrotadas"* (sus deseos genésicos constan a lo largo de la historia clínica, por ejemplo al folio 203), pero ni esa sensación ni el pretendido desasosiego causado por la pérdida de la muestra se consideran suficientes para aceptar que tengan entidad suficiente para ser considerados como daño moral *"...porque, como este Órgano Consultivo viene manteniendo, para que una afectación moral sea indemnizable, es necesario que concurren unas condiciones de permanencia, intensidad, gravedad e importancia tales que las hagan especialmente significativas, lo que, en el presente caso, no cabe apreciar"* (Dictamen 159/13).

Como conclusión de todo lo expresado se extrae que no procede reconocer el derecho a la indemnización solicitado a la vista de que no ha quedado acreditado el daño alegado.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no concurrir los requisitos legalmente establecidos.

No obstante, V.E. resolverá.

