



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 264/2019

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 20 de junio 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 2 de abril de 2019, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.^a X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 121/19), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 14 de mayo de 2014, D.^a X presentó una reclamación por la responsabilidad patrimonial en la que habría incurrido el Servicio Murciano de Salud (SMS), por la asistencia que le fue prestada en la que, según ella, era observable un retraso en el diagnóstico y tratamiento de un carcinoma infiltrante en mama izquierda, que había sido diagnosticado en agosto de 2011 precisando de numerosas pruebas y consultas de seguimiento y de cinco intervenciones quirúrgicas, realizadas en el Hospital General Universitario "Santa Lucía" de Cartagena (HSL), y en el Hospital General Universitario "Morales Meseguer", de Murcia (HMM), hasta que finalmente, en este último centro, el 13 de abril de 2013 se le realizó una mastectomía radical modificada, con reconstrucción de dorsal ancho y prótesis, de carcinoma recidivado de mama izquierda y ocho ganglios axilares, con posterior tratamiento quimioterápico, a partir del 13 de mayo del mismo año. Por los daños sufridos solicitaba la concesión de una indemnización de 40.896,08 € y acompañaba un informe médico pericial de la doctora Y, Adjunta al Servicio de Urgencias del Hospital de la Vega "Lorenzo Guirao", emitido el 20 de enero de 2014.

SEGUNDO.- Por resolución del Director Gerente SMS de 30 de mayo de 2014 se admitió a trámite la reclamación presentada, se ordenó la incoación del expediente 267/14 y se designó como órgano encargado de la instrucción al Servicio Jurídico de la Secretaría General Técnica SMS. La admisión fue notificada mediante escritos de 30 de mayo de 2014 a la interesada, a la Correduría de seguros "Aón Gil y Carvajal, S.A." para su traslado a la compañía aseguradora, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Asesoría Jurídica de la Comunidad Autónoma para que informara sobre la existencia o no de antecedentes judiciales y a la Dirección Gerencia del Área de Salud II, HSL, y del Área de Salud VI, HMM, para que remitieran la copia compulsada de la historia clínica de la paciente así como los informes de los profesionales implicados en la atención que le había sido prestada.

TERCERO.- La Dirección de los Servicios Jurídicos mediante escrito de 5 de junio de 2014 comunicó la inexistencia de antecedentes sobre la citada reclamación patrimonial. Por su parte, el Director Gerente HMM, remitió la documentación solicitada el 5 de julio de 2014, en la que quedaba integrado un informe emitido por la doctora M, Facultativo Especialista de Área de Oncología. El 29 de agosto de 2014, el Director Gerente HSL, envió el informe del doctor Z, Facultativo Especialista de Área (FEA) de radiología (Sección de mama), sobre los actos

médicos realizados a la paciente en relación con los hechos reclamados, dejando pendiente de remisión los informes de otros facultativos que la asistieron durante el proceso.

CUARTO.- El 17 de septiembre de 2014, el Director Gerente HSL envió el informe del Servicio de Oncología Médica del Complejo Hospitalario del Área de Salud II y el del Servicio de Oncología Radioterapia del mismo. En el primero de ellos, la doctora P, describe el proceso seguido en el Servicio de Oncología Médica, detallando las asistencias y fechas en que fueron dispensadas a la paciente, indicando en su último párrafo que "*Hasta el 27/11/12, última visita realizada a mi cargo, en todo momento se procede a realizar las pruebas complementarias necesarias dentro de seguimiento y según la sintomatología de la paciente para descartar recaída temprana de la enfermedad. Como se muestra en los informes médicos de consulta que adjunto*". Por su parte, el doctor Q, Jefe de Servicio de Oncología Radioterapia, emitió su informe el 2 de septiembre de 2014 indicando en último extremo que: "*Por nuestra parte no consideramos que haya habido ningún retraso de diagnóstico de la recidiva sino una dificultad en conseguir demostrarla, siendo absolutamente justificadas todas y cada una de las exploraciones y las técnicas quirúrgicas realizadas, desgraciadamente se trata de un tumor con muy poca expresión de imagen y con alta capacidad de recidiva local, a pesar de los tratamientos realizados*".

QUINTO.- Con escrito de 25 de septiembre de 2014, nuevamente el Director Gerente HSL remitió un informe del doctor R, FEA de Cirugía General y Digestiva y, junto a él, una copia del Protocolo unificado en el cáncer de mama de la Asociación Española de Cirujanos.

SEXTO.- El órgano instructor se dirigió mediante escrito de 21 octubre 2014 a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria en demanda del informe valorativo de la Inspección Médica, remitiendo copia del expediente. Dicha actuación fue comunicada a la compañía aseguradora "W.R. Berkeley España".

SÉPTIMO.- Mediante escrito de 12 de enero de 2016, la representante de la interesada comunicó al SMS la renuncia al medio de prueba consistente en el informe médico pericial presentado en su día, con el ruego de que no fuera tenido en cuenta en el expediente.

OCTAVO.- Mediante comunicación interior de 25 de octubre de 2018 se remitió el informe de la Inspección Médica evacuado el día 16 del mismo mes y año.

NOVENO.- Ordenada la apertura del trámite de audiencia, así se comunicó a la interesada y a la Compañía de seguros mediante escritos de 31 de octubre de 2018, sin que conste en el expediente la formulación de alegación alguna.

DÉCIMO.- Con fecha 20 de marzo de 2019 se elevó propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada al no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, por no apreciarse la relación de causalidad adecuada entre el daño alegado por la reclamante y el funcionamiento del servicio público sanitario.

UNDÉCIMO.- 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, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP), vista la fecha de iniciación del procedimiento.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante tiene legitimación para formular la pretensión indemnizatoria objeto del presente procedimiento, por haber sufrido en su persona los daños que imputa al anormal funcionamiento de los servicios sanitarios del SMS, pudiendo ejercer su pretensión indemnizatoria 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 (LPACAP).

Por su parte, la Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse los daños al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC, no hay reparo que oponer, vista la fecha de terminación del tratamiento quimioterápico, 2 de enero de 2014, y la de presentación de la reclamación, 14 de mayo ese mismo año.

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. No obstante, considera este Consejo que ha de llamar la atención por la excesiva dilación en su tramitación.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. 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.

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).

En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervenientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.

De la reclamación reseñada en el Antecedente Primero se desprende que se imputa a la Administración regional un retraso en el diagnóstico del cáncer de mama sufrido por la reclamante, contrario a la "*lex artis*" y, como consecuencia, un tratamiento tardío para su eliminación. En apoyo de lo cual inicialmente la interesada acompañó un informe pericial del que posteriormente solicitó que no fuera tenido en cuenta, dejando así sin cobertura de perito las afirmaciones vertidas en su reclamación, puesto que en sustitución del mismo no aportó ningún otro. En ese sentido, se debe destacar que correspondía a la parte reclamante haber realizado algún esfuerzo probatorio para tratar de acreditar que pudiera existir el retraso alegado. Así lo impone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando, sobre distribución de la carga de la prueba, establece que corresponde al reclamante "... la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda [...] el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda [...]" . No obstante, la falta de prueba por la parte sobre un elemento tan determinante para poder llegar a establecer, en este supuesto, una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño que se alega, no impide que se puedan utilizar otros medios como son los distintos informes traídos al procedimiento por la propia Administración, tanto los de los profesionales que atendieron a la paciente como, y especialmente por su carácter objetivo, el de la Inspección Médica.

Un juicio que se base en tales informes no puede ser más que el de entender que no ha habido "mala *praxis*" por una supuesta dilación indebida en el diagnóstico y tratamiento. Lo demuestran afirmaciones realizadas en los del Servicio de Oncología Médica y de Oncología Radioterápica HSL reproducidos en el Antecedente Cuarto, el más concluyente de los cuales es este último que termina afirmando que "*Por nuestra parte no consideramos que haya habido ningún retraso de diagnóstico de la recidiva sino una dificultad en conseguir demostrarla, siendo absolutamente justificadas todas y cada una de las exploraciones y las técnicas quirúrgicas realizadas, desgraciadamente se trata de un tumor con muy poca expresión de imagen y con alta capacidad de recidiva local, a pesar de los tratamientos realizados*". Por su parte, la descripción del proceso asistencial seguido con la paciente descrito en el informe de 23 de septiembre de 2014, del doctor S, del Servicio de Cirugía General y Digestivo del HSL, demuestra que no hubo tal retraso en el diagnóstico pues, entre otras cosas, afirma que "*El 14 de julio de 2011 la paciente es vista en nuestra consulta, presentando en la exploración un área más densa, imprecisa, en línea intercuadrantica externa de mama izquierda. No se palpan adenopatías axilares... Ante la falta de un diagnóstico preciso, se informa a la paciente de la situación y se propone y programa quirúrgicamente para la exéresis de la lesión... El 10 de agosto de 2011 se interviene quirúrgicamente practicando una nódulectomía, referenciando con arpones, previamente, los límites de la lesión de 6,7 x 6,5 mm. con ampliación de márgenes de seguridad. El estudio anatomo-patológico de la pieza extirpada informó de: Carcinoma Mixto infiltrante (tubular y ductal), bien diferenciado de 11 mm..., SBR-3, márgenes libres. Inmunohistoquímica con RRHH (+), Her-2 (-), Ki67 positivo (?10%), T1c.*". Ese diagnóstico es el que procedía si bien que en los años 2012 y 2013 se le diagnosticó y trató una recidiva de la enfermedad. Así consta en la primera de las conclusiones del informe de la Inspección Médica, que continúa indicando lo siguiente:

"II. Precisó tratamiento médico-quirúrgico y radioterápico de la lesión que fue inicialmente diagnosticada en el año 2011, realizándose después un seguimiento médico continuado, lo que permitió también el diagnóstico y el tratamiento posterior de la recidiva del cáncer de mama.

III. Los facultativos especialistas de área (FEA) que trajeron a la paciente de forma multidisciplinar siguieron los protocolos médicos y realizaron los tratamientos médicos-quirúrgicos que se citan en sus informes, y además realizaron todas aquellas pruebas médicas complementarias que fueron necesarias durante el seguimiento médico de la paciente a lo largo del todo el proceso asistencial.

IV. Por tanto, desde un punto de vista estrictamente médico y después de un análisis a posteriori de la documentación médica recibida con el expediente de la RP, no se aprecian actuaciones contrarias a la "lex artis" ni en relación con el diagnóstico inicial de la enfermedad ni en relación con el diagnóstico de la recidiva de la misma".

A la vista del todo lo dicho resulta manifiesto que no hubo error de diagnóstico ni dilación en la prestación de la asistencia que la enfermera requería, por lo que no procede reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial por mal funcionamiento del servicio sanitario ni, en consecuencia, la indemnización solicitada.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto que es desestimatoria de la reclamación presentada, por no concurrir los requisitos exigidos por la normativa vigente para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por mal funcionamiento de los servicios sanitarios.

No obstante, V.E. resolverá.

