Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **290/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 23 de noviembre de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Secretario General de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 28 de junio de 2022 (COMINTER 190421/2022), sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X debidos a la gestión de la COVID-19 (exp. 2022_217), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 31 de marzo de 2021 tuvo entrada en el registro electrónico un escrito de Dª X formulando reclamación de responsabilidad patrimonial por la pérdida de oportunidad que apreciaba en la actuación de los servicios de salud pública y en el tratamiento que le fue dispensado por los del Servicio Murciano de Salud (SMS), al tener que ser atendida en el Hospital General Universitario "Morales Meseguer" (HMM), donde estuvo ingresada entre los días 1 y 3 de abril de 2020, para tratarla de una neumonía por Covid-19. Según su parecer, la actitud de la Administración no había sido suficientemente diligente para evitar la trasmisión del virus causante de la enfermedad y de la que le habían quedado como secuelas la dificultad para caminar, cefalea frecuente, pérdida de memoria, necesitando ayuda para su aseo y vestido y para subir y bajar escalera, con parestesias en los miembros inferiores y padecer un deterioro cognitivo subcortical, dé ficit de atención y depresión. Por ello solicitaba el reconocimiento de su derecho a ser indemnizada por los daños morales sufrido en la cantidad de seiscientos mil euros (600.000 €). Solicitaba el recibimiento a prueba proponiendo como documental el expediente sanitario y administrativo, adjuntando diversa documentación clínica.

SEGUNDO.- Mediante escrito de 23 de abril de 2021 se requirió a la interesada para que subsanara los defectos observados en la reclamación inicial, con la advertencia de que de no hacerlo en el plazo concedido se la consideraría desistida de su petición, lo que se notificó a la interesada así como a la correduría de seguros "Aón Gil y Carvajal, S.A." y a la compañía aseguradora Berkshire Hathaway.

TERCERO.- En cumplimiento del requerimiento recibido la interesada presentó un escrito el día 26 de mayo de

2021 formulando alegaciones relativas a que en su escrito inicial ya se indicaban las lesiones sufridas estando pendiente de revisión en ese momento y la existencia de relación de causalidad porque *"[…] nuestra reclamación es por daños morales causados por una pérdida de oportunidad, y en lo que respecta a las competencias que el Servicio Murciano de Salud tiene por la falta de previsión, teniendo conocimiento pleno del riesgo de la pandemia, existe una clara relación de causalidad entre la actuación en sentido amplio y ad hoc de la Administración Sanitaria demandada, en este caso el Servicio Murciano de Salud"*.

CUARTO.- El 2 de julio de 2021 se formuló una propuesta de resolución de inadmisión a trámite por falta de competencia del SMS y de dar traslado a la Consejería de Salud para que procediera a la instrucción y resolución, así como a su remisión a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda poniéndolo en conocimiento de la interesada. Con tal propuesta mostró su conformidad el Director Gerente SMS dictando orden de 5 de julio siguiente, por delegación del titular de la Consejería de Salud. La orden fue notificada a la interesada, a la correduría de seguros y a la empresa aseguradora.

QUINTO.- Por orden de 29 de julio de 2021, el Consejero de Salud admitió a trámite la reclamación presentada y se designó al Servicio Jurídico de la Secretaría General como órgano encargado de la instrucción.

SEXTO.- Mediante escrito de la misma fecha, el Secretario General solicitó la evacuación de su informe a la Dirección General de Salud Pública y Adicciones, dictando orden, por delegación del titular de la Consejería, suspendiendo el procedimiento hasta su recepción. Al día siguiente remitió al Ministerio de Hacienda copia de la reclamación presentada.

La solicitud del informe de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones, la suspensión del procedimiento y la remisión de la reclamación al Ministerio de Hacienda fueron notificadas a la interesada el día 5 de agosto de 2021.

SÉPTIMO.- Los días 1 de octubre y 9 de diciembre de 2021 se volvió a solicitar el informe de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones. Ante el silencio de dicho centro directivo, el Secretario General reiteró la petición de informe mediante escrito de 11 de mayo de 2022.

OCTAVO.- El informe fue evacuado el día 22 de mayo de 2022. Se dice en él que la capacidad diagnóstica de todos los países fue insuficiente en el primer momento de la pandemia, siendo la PCR una técnica que debió se fabricada específicamente ante la presencia de un virus nuevo para el que no había tratamiento en ese momento, comenzando a producir efectos el primer antivírico a principios de 2022. Se afirma que en cuanto al uso de la mascarilla la CARM adecuó su uso a las recomendaciones de organismos nacionales e internacionales recomendando su uso inicialmente sólo a los enfermos y posteriormente a toda la población, habiendo provisto gratuitamente de ellas a toda la población vulnerable. Y, en cuanto a los ventiladores, que la Comunidad nunca padeció situación de escasez porque desde enero de 2021 se había preparado para no sufrirla en el tratamiento de los pacientes ingresados.

NOVENO.- Con oficio de 23 de mayo de 2022 se comunicó a la interesada la recepción del informe de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones y la apertura del trámite de audiencia así como un acuerdo denegando la práctica de prueba por innecesaria, acuerdo que no consta en el expediente remitido. Dicha comunicación fue notificada a la reclamante el día 25 de mayo de 2022.

DÉCIMO.- El 7 de junio de 2022 tuvo entrada en el registro un escrito de la Dirección General de Gobernanza Pública (Secretaría de Estado de Función Pública) remitiendo las alegaciones presentadas ante ella pero dirigidas a la Consejería de Salud por la interesada el día anterior. Tras mostrar su desacuerdo con el informe de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones, venía a reiterar sus afirmaciones iniciales de falta de previsión por las autoridades sanitarias y de atención adecuada por los servicios del centro de salud de Fortuna y el HMM. Igualmente, mostraba su disconformidad con el acuerdo de denegación de la práctica de prueba.

UNDÉCIMO.- El día 17 de junio de 2022 se elevó la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por no concurrir los requisitos exigibles legal y jurisprudencialmente para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

DUODÉCIMO.- En la fecha y por el órgano designado en el encabezamiento del presente se solicitó el Dictamen preceptivo de este Consejo acompañando copia del expediente y el 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 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y 81 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

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 la Administración sanitaria, pudiendo ejercer su pretensión indemnizatoria a tenor de lo previsto por el artículo 32.1 LRJSP.

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. La reclamación fue presentada dentro del plazo de un año establecido al efecto en el artículo 67.1 LPACAP si tomamos como fecha de inicio la del alta de la paciente en el HMM, si bien, sobre este extremo, la propuesta de

resolución avanza la posibilidad de ser extemporánea por aplicación de la doctrina de la *actio nata* según la cual, al no estar determinadas las secuelas en la fecha de presentación de la solicitud, el derecho a reclamar no habría nacido. Es acertada la observación, pero el Consejo estima que, dado que en la petición se conjugan dos posibles sucesos generadores de la responsabilidad, si bien para el referido a la determinación de las secuelas la acción aún no habría nacido, sí habría nacido si el hecho causante fuera la falta de adopción temprana de las medidas preventivas.

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.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. En el caso examinado se ha entendido por el órgano instructor que hay un supuesto de concurrencia de administraciones a las que se dirige la reclamación: una, la Administración del Estado, y otra la Administración autonómica, habiendo correctamente comunicado su presentación al órgano encargado de su tramitación en dicho ámbito, en aplicación de la previsión del artículo 33 LRJSP. Sea como sea, ya en el ámbito autonómico hubo que dilucidar como cuestión previa si se exigía indemnización por un mal funcionamiento de los servicios sanitarios del SMS, como podía desprenderse del texto de la reclamación, o se partía de imputar el funcionamiento incorrecto a los servicios de salud pública, orgánicamente integrados en la Consejería de Salud. Finalmente se decidió considerar que era ésta la vía adecuada a la luz de las imputaciones hechas respecto de la actividad considerada como principalmente causante del daño, que no era otra que la tardanza en adoptar las medidas preventivas impeditivas del contagio del virus causante de la enfermedad, provocando, a su vez, la pérdida de oportunidad al no haber podido ser diagnosticada con prontitud. Como señala la propuesta de resolución, con la que mostramos nuestra conformidad, tanto la estimación de que se reclamaba contra el SMS por la defectuosa prestación de sus servicios de asistencia sanitaria, como la que finalmente se decidió, hubieran justificado la instrucción del expediente al no ser posible tratar ambos aspectos de manera indisociable.

II. Son requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración la concurrencia de un hecho, acción u omisión que resulte imputable a la Administración; la producción de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar, y la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre aquel hecho, acción u omisión y el mencionado daño o perjuicio, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal ni en particular la concurrencia de fuerza mayor. Tales exigencias están contenidas en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP y han sido precisadas por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina de los diferentes Órganos consultivos, correspondiendo al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

III. En el asunto objeto de Dictamen la necesidad de avanzar en el estudio de tales requisitos hay que afrontarla teniendo presente que, centrada la cuestión en la respuesta tardía de la Administración autonómica ante el riesgo que supuso la pandemia causada por el virus de la Covid-19, su magnitud desbordó el de su ámbito de actuación, demandando la propia de la Administración del Estado y de Organismos internacionales, lo que ha de servir de parámetro para pronunciar juicio sobre la adecuación o no de su actuación o, mejor, su actitud omisiva, pues a tal debe reconducirse la acusación de la interesada.

Desde esta perspectiva hemos de considerar que la reclamación pretende imputar a la Consejería la omisión de los deberes de vigilancia que, como autoridad de salud pública, le corresponden. Pero lo hace sin aportar prueba

alguna, pues la única que solicitó - el expediente administrativo y sanitario – fue considerada innecesaria por la instrucción. Teniendo en cuenta para el primero la vaguedad de tal identificación no sorprende esta decisión, es más, podía ser entendida como el propio expediente a que daba lugar la reclamación, con lo que se cumplía de suyo con tramitarlo. Pesa sobre el actor la carga de la prueba según lo establecido en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, y en el caso presente la interesada ni ha aportado ninguna ni ha hecho el más mínimo esfuerzo probatorio amparándose en generalidades para formular sus afirmaciones.

IV. La propuesta de resolución analiza con gran detenimiento la concurrencia de tales requisitos, amparando su argumentación con cita prolija de jurisprudencia respecto de los distintos aspectos a los que se extiende. En concreto, en cuanto a la efectividad del daño y su carácter individualizado y susceptible de evaluación económica, destaca que el alegado finalmente – la alteración cognitiva – estaba pendiente de estudio a la fecha de presentación de la solicitud y, posteriormente también, pues así lo reconocía la propia interesada en su contestación de 26 de mayo de 2021 al requerimiento de subsanación de los defectos observados en el inicial. Allí contestó que, a esa fecha, aún estaba pendiente de la realización de un test de revisión y pruebas para concretar las secuelas. Lógicamente, esa falta de efectividad lo era respecto de tal dolencia, pero, como hemos dicho, reconducida la reclamación a la existencia del daño moral por la actuación omisiva de lo s servicios de salud pública, el argumento no debe entenderse aplicable. De ser cierta la omisión el daño moral sí sería efectivo a esa fecha.

Respecto de esta última, no puede hablarse realmente de pérdida de oportunidad refiriéndola a la omisión de las competencias de salud pública porque, como indica la propuesta de resolución, en la fecha a la que se remonta la reclamante, marzo-abril de 2020, la Consejería de Salud ya había publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, el día 13, anterior a la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, distintas medidas y recomendaciones sobre la materia, haciéndolo en consonancia con lo que en esos momentos se conocía de la pandemia, al igual que hicieron todas las instancias implicadas, nacionales e internacionales (Ministerio de Sanidad y Organización Mundial de la Salud).

Es esta última circunstancia la que procede tener en cuenta ahora continuando con el estudio de los requisitos exigibles para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial. Nos referimos al hecho de que en los momentos iniciales de la pandemia la ciencia poco conocía sobre el origen de la enfermedad, su forma de transmisión y tratamiento. Nos situamos así en el supuesto previsto en el artículo 34.1 LRJSP según el cual *"Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".* Así pues, si el est ado de la ciencia –Antecedente Octavo – en los momentos en que la interesada sufrió la infección no proporcionaba un conocimiento más profundo del origen y tratamiento de la enfermedad, no puede considerase concurrente la antijuridicidad en los daños que, según afirma, le causó, entre los que, por cierto, citaba la depresión de la que, tal como acreditó con la documentación proporcionada por ella misma, venía siendo tratada desde el año 2005 (informe asistencial del doctor Y, documento número 15 del expediente).

Lo anterior dispensa de la necesidad de seguir examinando la concurrencia del resto de requisitos legalmente exigibles puesto que el daño, de existir, no es indemnizable.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto es desestimatoria de la reclamación por no concurrir los requisitos legalmente exigibles, en concreto la antijuridicidad del daño**.**

No obstante, V.E. resolverá.