



Dictamen nº **322/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 15 de diciembre de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Salud (por delegación el Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 22 de noviembre de 2022 (COMINTER 317774), sobre responsabilidad patrimonial instada por D.^a X, por daños de pérdida de oportunidad debidos a la gestión de la COVID-19 (exp. 2022_347), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 12 de mayo de 2022 tuvo entrada en el Sistema Integrado de Registro (SIR) un escrito de D^a X por el que formulaba una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Murciano de Salud (SMS) por una pérdida de oportunidad apreciada en la asistencia que se le prestó a raíz del proceso de incapacidad laboral temporal iniciado el 24 de marzo de 2020 al sufrir un proceso diagnosticado de Sars-cov-2. Relata en su reclamación que el 29 de marzo de 2020 fue ingresada en el Hospital General Universitario "Morales Meseguer" (HMM) para ser tratada siendo alta el día 31 siguiente, constando en el parte de alta, en el apartado "Historia actual" que se trataba de una "*Mujer de 38 años, recepcionista de una residencia de ancianos, en cuarentena en su casa la última semana por presentar tos seca y febrícula. Refiere que durante toda la semana ha presentado mal estado general con astenia y mialgias generalizadas, también dolor torácico inspiratorio y con la tos. Ha llevado seguimiento por su CS, le realizaron el test el día 28/03 y fue el médico quien le ha enviado a Radiología del hospital*". En dicho parte figura como diagnóstico principal neumonía adquirida en la comunidad por Sars-cov-2.

En la consulta a que acudió el día 21 de mayo de 2020 se emitió como juicio diagnóstico un trastorno ansioso depresivo tras la infección por Sars-cov-2, insomnio, taquicardia, miedo a salir a la calle y que lo hagan sus familiares, diarrea aguda tras la infección. Se comentó con Psiquiatría para su valoración y se realizó serología para Sars-cov-2 a su marido y dos hijos siendo todos negativos. Por el Servicio de Medicina Interna HMM el 20 de octubre de 2020 se le diagnosticó neumonía adquirida en la comunidad por Sars-cov-2, ansiedad-depresión, obesidad y valorar hipertensión arterial, prescribiendo la revisión en su centro de salud y especialista de zona.

Considera que era un hecho notorio que España no disponía de los recursos médicos necesarios cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia el 11 de marzo de 2020 pero no era un riesgo desconocido porque el 30 de enero anterior ya había declarado la emergencia sanitaria internacional, concurriendo los requisitos de la fase 5 del "Plan de preparación y respuesta ante una pandemia de influenza", fase en la que se debía preparar a la población para la posible llegada de la pandemia, comprobando la disponibilidad del equipamiento sanitario preciso ("epis", medicamentos antivíricos, antibióticos, apoyo de hidratación, oxígeno y ventilación), y no declarando el Ministerio la obligación de uso de la mascarilla hasta mayo de 2020. Al no contar con todos los medios precisos consideraba que la Administración del Estado había pecado de falta de previsión

desde el año 2019 y ello suponía una pérdida de oportunidad para la población al no poder acceder a tales recursos para prevenir el contagio privándoles de una mayor celeridad en los diagnósticos y el tratamiento.

Terminaba solicitando una indemnización de 300.000 euros y el recibimiento a prueba, para el que pedía que se diera por reproducido el expediente administrativo y sanitario a reclamar del Centro de Salud de Fortuna y del HMM así como distinta documentación clínica que acompañaba.

SEGUNDO.- El 20 de mayo de 2022 se dirigió comunicación a la interesada indicándole la recepción de la solicitud y la necesidad de que se subsanaran los defectos observados en ella respecto de los requisitos exigidos por los artículos 66 y 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) en el plazo de 10 días con la advertencia de tenerla por desistida en caso contrario. El escrito se notificó el siguiente día 26.

En la misma fecha, 20 de mayo de 2022, se comunicó la presentación de la reclamación a la correduría de seguros "Aón Gil y Carvajal, S.A." para su traslado a la compañía aseguradora.

TERCERO.- La interesada contestó al requerimiento recibido mediante escrito presentado el día 10 de junio de 2022. En él concretaba que la lesión inicial era neumonía y que dio lugar al desarrollo posterior de otras lesiones por las que también se reclamaba, tales como trastorno ansioso depresivo y taquicardia que consideraba secuelas de la neumonía. Respecto a la no prescripción de la acción aludía a que el alta médica se produjo por la Seguridad Social el día 14 de mayo de 2021, según constaba en la documentación del proceso nº 459/2021 seguido ante el Juzgado de lo Social nº 7 de Murcia, de la que acompañaba copia de la demanda y del decreto de admisión y citación para la celebración del juicio el día 28 de febrero de 2022.

CUARTO.- Por orden del Director Gerente del SMS de 30 de junio de 2022, a propuesta del instructor, se acordó la inadmisión de la reclamación porque la pretensión indemnizatoria se fundaba en razones de salud pública siendo en ese caso la competente para instruir y resolver la Consejería de Salud. Igualmente se acordaba dar traslado de la misma a la citada Consejería, con remisión del expediente, así como a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y poniéndola en conocimiento de la reclamante.

De la decisión se dio conocimiento por correo electrónico a la correduría de seguros y se notificó a la compañía de seguros el día 1 de julio de 2022, y a la interesada el siguiente día 7, remitiendo al Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Salud mediante comunicación interior de 13 de julio de 2022.

QUINTO.- Recibido el expediente en la Consejería, el 27 de julio de 2022 se dictó Orden admitiendo la reclamación y se designó al Servicio Jurídico como órgano encargado de su instrucción.

SEXTO.- Con comunicación interior del 3 de agosto siguiente, el Secretario General requirió la evacuación de su informe a la Dirección General de Salud Pública y Adicciones, con envío de copia del expediente. Previamente, por orden de 27 de julio se había decretado la suspensión del plazo de tramitación del procedimiento hasta la recepción del informe.

La orden de admisión de la reclamación por la Consejería de Salud y la petición del informe de la Dirección General de Salud Pública y Adicciones se comunicó a la interesada mediante oficio del día 29 de julio de 2022, notificado el siguiente día 5 de agosto.

Por otro lado, mediante escrito registrado el día 3 de agosto de 2022, el Secretario General comunicó la admisión de la reclamación a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y le envió copia de la reclamación y de la documentación que había generado para su traslado, si procedía, a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda.

SÉPTIMO.- EL Subdirector General de Prevención, Promoción de la Salud y Adicciones evacuó un informe el día 19 de septiembre de 2022. Se dice en él que en un primer momento la capacidad diagnóstica del nuevo virus era limitada por la inexistencia de una técnica adecuada hasta su fabricación; que el uso de la mascarilla en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se adecuó a las recomendaciones de los organismos internacionales y consistió en un primer momento en utilizar mascarillas sólo en caso de estar enfermo, y sólo en un segundo momento (cuando se probó la transmisión entre asintomáticos) se recomendó su uso en población general, habiendo provisto de forma gratuita a toda la población vulnerable de la Región de dichas mascarillas.

Por último, indicaba que en esta Comunidad Autónoma nunca hubo escasez de ventiladores ni de otros recursos para pacientes ingresados en los centros sanitarios.

OCTAVO.- Por oficio de 20 de septiembre de 2022 se acordó la apertura del trámite de audiencia noticiándolo a la interesada el siguiente día 21.

NOVENO.- El 6 de octubre de 2022 se registró un escrito de la interesada formulando alegaciones y adjuntando documentación integrada por un informe asistencial de una psicóloga y otro de un psiquiatra, ambos del Servicio de Psiquiatría del HMM, de 27 de abril de 2021, una ecografía de abdomen, un informe asistencial de psiquiatría de 1 de julio de 2020, un informe de consulta externa del Servicio de Aparato Digestivo, de 23 de marzo de 2022, y otro de 9 de noviembre de 2021, un informe asistencial de Psicología de 12 de abril de 2022, un informe asistencial de Psiquiatría de 2020, y copia de la sentencia nº 237/2022 del Juzgado de los Social nº 7 de Murcia

En las alegaciones manifiesta su disconformidad con el informe de la Subdirección General de Prevención, Promoción de la Salud y Adicciones en cuanto a la atención prestada ya desde los servicios sanitarios de Fortuna por la falta de previsión y diagnóstico adecuado, considerándola defectuosa.

DÉCIMO.- El 8 de noviembre de 2022 se elevó 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.

UNDÉCIMO.- 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 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 del cómputo el 14 de mayo de 2021, fecha del alta que figura en el documento de comunicación del Instituto Nacional de la Seguridad Social a la interesada del carácter definitivo de la misma, acordada inicialmente el día 6 anterior, la reclamación presentada el 12 de mayo de 2022 estaba en plazo.

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 mayor 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 del Sars-cov-2, 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 –, 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 prolífica de jurisprudencia y opiniones doctrinales 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 la secuela alegada finalmente – trastorno ansioso depresivo y taquicardia, fundamentalmente – continuaba requiriendo tratamiento después del alta médica, pudiendo dudarse de su condición de secuela causada por la neumonía a la luz del informe asistencial del psicólogo, de 12 de abril de 2022 en el que se indica que se trata de una “*Paciente que acude a revisiones desde el año 2009 según consta en Historia Clínica, con sintomatología ansioso depresiva de años de evolución*”. Esa alusión encuentra también su respaldo en el propio expediente, concretamente en el informe del Servicio de Medicina Interna de 21 de mayo de 2020 en el que se deja constancia en su apartado de antecedentes personales de un episodio depresivo de hacia 15 años por situación adaptativa. Podríamos admitir la efectividad de tal dolencia, pero, como hemos dicho, reconducida la reclamación a la existencia del daño moral por la actuación omisiva de los servicios de salud pública, el argumento no debe entenderse aplicable.

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 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). El informe de la Subdirección General de Prevención, Promoción de la Salud y Adicciones, deja claro cuál fue la actitud de la Comunidad en esos momentos, actuando según lo que entonces se conocía de la pandemia, señalando acertadamente que “*No se puede privar de algo que no existe, la capacidad diagnóstica en todos los países desarrollados fue insuficiente en el primer momento (la llamada primera ola), la denominada PCR es una técnica que debe ser fabricada específicamente por lo que ante un virus nuevo en un primer momento y de forma obligada la capacidad diagnóstica es limitada. No había tratamiento (de hecho el primer tratamiento eficaz comenzó a estar disponible en 2022), por lo que no se puede privar a alguien de algo que no existe.*”.

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 Estado de la ciencia 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 considerarse concurrente la antijuridicidad en los daños que, según afirma, le causó, entre los que, como hemos dicho, citaba la depresión de la que, tal como acreditó con la documentación proporcionada por ella misma, venía siendo tratada desde antes de 2005 (informe asistencial doctora Y).

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.