

Dictamen n.º: **402/10**
Consulta: **Consejería de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **24.11.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 24 de noviembre de 2010, al amparo del artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de M.C.M.M., en solicitud de indemnización en cuantía indeterminada, por los daños y perjuicios sufridos por su marido R.B.L., y que atribuye a la deficiente asistencia sanitaria prestada por el SUMMA 112.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de noviembre de 2010 tuvo entrada en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud firmada por el Consejero de Sanidad el día 28 de octubre anterior, referida al expediente de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria referido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número de registro de entrada 408/10, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno, venciendo dicho plazo el 11 de diciembre de 2010.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, que fue deliberado y aprobado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 24 de noviembre de 2010.

SEGUNDO.- El expediente remitido trae causa de la reclamación patrimonial fechada el 20 de diciembre de 2007 y firmada por M.C.M.M. y su esposo, con sello de registro de entrada en el registro de la Consejería de Sanidad el día 5 de marzo de 2008 y en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) del día 7, respecto de los daños sufridos por su esposo R.B.L. y que atribuye a la tardanza y mala asistencia prestada a este último por el SUMMA 112.

En dicho escrito, la reclamante refiere que el día 30 de noviembre de 2007, siendo aproximadamente las 23:00 horas, llamó al teléfono de emergencias 112, solicitando ayuda urgente para su marido, aquejado de un fuerte dolor abdominal. Se daba la circunstancia de que su esposo estaba convaleciente de una reciente intervención quirúrgica (que precisó de una incisión costal de 14 puntos de sutura en la espalda y la fractura de una costilla, para realizarle una biopsia de pulmón), además de estar en tratamiento por una dolencia de corazón, de la que también fue intervenido en su día. En general, el estado de su esposo era preocupante y delicado.

Según la versión de la reclamante, tras realizar varias llamadas al 112 durante un tiempo que estima no inferior a 30 minutos, se personó finalmente en el domicilio un facultativo, el cual, tras oír las explicaciones de la interesada sobre los antecedentes de su esposo, *“se limitó a inyectarle (por) vía intramuscular una dosis de nolutil, comentando que el dolor podía estar producido por el hígado, o incluso por gases”*.

Una media hora más tarde, según el decir de la interesada, el dolor reapareció con extraordinaria intensidad, volviendo aquélla a telefonar al 112, siendo atendida por la voz grabada de una operadora rogándole que permaneciera a la espera, ya que en breve iba a ser atendida por un médico. Transcurridos unos 10 ó 15 minutos, la reclamante fue finalmente atendida por un facultativo que le indicó que se le enviaría una ambulancia a su domicilio. Dado que la ambulancia no llegaba, y que el dolor de su marido no cesaba, aquélla decidió trasladarle por sus propios medios –con el vehículo particular de su hijo– al centro privado Hospital A, en el barrio de Sanchinarro. En dicho centro hospitalario, se le diagnosticó de perforación duodenal, de la que tuvo que ser intervenido de urgencia, con grave riesgo para su vida.

De los hechos que han quedado reflejados resumidamente, la interesada considera que ha habido una clara y grave negligencia médica, al no haberse prescrito la inmediata hospitalización de su esposo, que, presentando un cuadro altamente preocupante, fue simplemente tratado con analgésicos en un primer momento; y además, entiende que se ha dado también una *“inaceptable actuación tanto del 112, que atendió las llamadas de forma manifiestamente lenta, como del ambulancia que, cuando mi hijo llegó (...) aún no se había presentado (...)”*.

En el apartado referente a los daños sufridos, la interesada apunta a que la mencionada asistencia sanitaria ha tenido como consecuencia *“un empeoramiento notable del estado de salud de mi marido (...) sensiblemente incrementado por la operación a la que ha tenido que ser sometido; un retraso de alcance y consecuencias aún por conocer –pero que sin duda constituyen un serio daño– en el proceso de aplicación de las medidas terapéuticas necesarias para combatir la enfermedad oncológica que padece, consistentes en un inmediato tratamiento de quimioterapia, tratamiento que estaba previsto comenzara el 4 de diciembre (tres días más tarde de los*

hechos denunciados), una vez restablecido de la intervención mencionada (...), y que ahora debe ser aplazado hasta que su estado general le permita soportar el mismo”.

Por todo lo anterior, solicita que se tenga *“por realizada la denuncia del mal funcionamiento del servicio de salud de emergencia, que ha causado daños irreparables a mi marido”*. Asimismo, por medio de otrosí, solicita que se proceda a compensar económicamente a su esposo por el daño causado y los trastornos ocasionados *“con una cantidad cuya cuantía se fijará atendiendo al coste de la intervención quirúrgica realizada en el hospital en el que fue atendido (B) y los perjuicios y molestias anejos”*.

En escrito con sello de Correos del 24 de febrero de 2009 por M.C.M.M., ésta manifiesta que su esposo R.B.L., con el que había firmado conjuntamente el escrito de reclamación, falleció el 21 de marzo de 2008. En cuanto a los daños, la interesada precisa que la asistencia sanitaria dispensada a su difunto esposo le supuso a éste *“una suspensión en la aplicación del tratamiento oncológico de su enfermedad, hasta que pudiera recuperarse de la operación, y después, el consiguiente retraso en el proceso de tratamiento, desde el día 18 de diciembre de 2007, en que estaba previsto su comienzo, hasta el 9 de enero de 2008, como queda acreditado con la cartilla del Hospital Doce de Octubre que se adjunta”*, así como *“un profundo empeoramiento de su estado general, que motivó la incapacidad de resistir adecuadamente el mencionado tratamiento, que tuvo que ser suspendido en diversas ocasiones (...) hasta su fallecimiento (...)”*. La interesada manifiesta en dicho escrito no poder cuantificar en términos económicos los daños sufridos.

TERCERO.- A la vista de la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se dirige escrito a la interesada el 3 de diciembre de 2008, comunicándole que, a raíz de dicha reclamación, se encuentran analizando la misma y tramitándola con arreglo a las normas contenidas en

el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Asimismo, se le hace saber que, si no recibe respuesta expresa en el plazo de seis meses a contar desde que el escrito tuvo entrada en el registro del órgano, deben entender desestimada su solicitud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.3 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 (RPRP).

Se incorpora al expediente informe emitido por la Directora Médica del SUMMA 112 en fecha 28 de abril de 2008 –muy anterior a la comunicación de incoación formal del procedimiento–, así como la transcripción de las llamadas recibidas desde el domicilio de la interesada (C/ C nº aaa de Madrid) al SCU (Servicio de Coordinación de Urgencias).

Igualmente obra en el expediente informe médico de alta de fecha 5 de diciembre de 2007 firmado por el Dr. R. del Hospital B, acerca de la intervención realizada al esposo de la reclamante.

Se incorpora asimismo la primera comunicación remitida por D, Departamento de Siniestros, en fecha 5 de febrero de 2009, acusando recibo de la documentación remitida desde el SERMAS, informando de que han procedido a la apertura del siniestro referenciado, habiéndose dado traslado a E. –compañía aseguradora con la que el SERMAS tiene concertada la póliza del seguro de responsabilidad civil–, para su tramitación. No consta haberse emitido dictamen pericial alguno encargado por dicha aseguradora.

Asimismo, se ha solicitado informe de la Inspección Médica relativo a la reclamación interpuesta, que fue emitido el 30 de abril de 2009.

Una vez concluida la instrucción del expediente, e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución, se ha dado vista del expediente a

los interesados, de conformidad con el artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP. La interesada presenta escrito de alegaciones en fecha 13 de noviembre de 2009 (en Correos), realizando una serie de puntualizaciones al informe de la Inspección Médica, del que ha tomado vista junto con el resto del expediente.

Por último, por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria del SERMAS (por delegación de la Secretaria General del Servicio Madrileño de Salud) se ha formulado propuesta de resolución el 22 de junio de 2010, en la que se desestima la reclamación patrimonial presentada, por considerar que el proceso asistencial a R.B.L. se desarrolló correcta y adecuadamente conforme a la *lex artis ad hoc*, sin evidencia de signos de mala praxis, proponiéndose y pautándose las pruebas y tratamientos correctos y más convenientes, no pudiéndose imputar de ningún modo el daño alegado a la Administración, ni a una atención médica incorrecta o inadecuada.

Dicha propuesta ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 19 de octubre de 2010.

CUARTO.- De la documentación obrante en el expediente, interesa destacar para la emisión del dictamen las siguientes partes:

1. Documentos clínicos remitidos desde el SUMMA 112.
2. Informe de la Dra. M.J.F.C., fechado el 28 de abril de 2008, acerca de la asistencia prestada a R.B.L. el día 30 de noviembre de 2007, sobre cuyo contenido trataremos más adelante en las consideraciones jurídicas del presente dictamen.
3. Informe del Dr. J.L.J.G., de la Inspección Médica, fechado el 30 de abril de 2010, en el cual, tras el estudio de los antecedentes del caso, y de realizar una serie de consideraciones médicas acerca del dolor abdominal (con cita prolija de literatura científica) se afirma en conclusiones que

“(…)casi un tercio de los pacientes que acuden a un servicio de urgencias con un cuadro de dolor abdominal agudo, no vamos a poder lograr un diagnóstico definitivo, englobándose bajo el diagnóstico genérico de «dolor abdominal no específico». En estos pacientes, es importante realizar un estudio de exclusión, descartando las principales causas de dolor abdominal y mantenerlos bajo observación (hospitalaria o domiciliaria) para comprobar la evolución del cuadro. Por ello estimo que la asistencia sanitaria prestada fue correcta. Es decir, observación de la evolución, y dado que el dolor no cedía, se le asignó un ambulancia, tras la llamada de la Sra. M., para remitir al Sr. B. a un centro hospitalario de la red asistencial pública, aunque la Sra. M. y el Sr. B. deciden no esperar a ese ambulancia y se trasladan en un vehículo particular a un centro sanitario privado”.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”.*

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada no se ha cifrado económicamente, por lo que, siendo de cuantía indeterminada, resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el Consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al Director General del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

SEGUNDA.- En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial fue interpuesta inicialmente el 5 de marzo de 2008 por M.C.M.M. y su esposo. De hecho, en el encabezamiento del escrito la primera hacía referencia a que se dicha reclamación se entablaba *“en nombre propio y en representación de mi marido”*. Debe llamarse la atención sobre lo incorrecto de dicho planteamiento, puesto que, de haber actuado la esposa en representación de su marido, éste debería haberle conferido dicha representación por cualquier medio válido en derecho, o bien mediante comparecencia *«apud acta»* (artículo 32.3 de la LRJAP-PAC). No habiéndolo hecho así, y estando el escrito de reclamación firmado por ambos cónyuges, debe considerarse que la reclamación se interpone por cada uno, actuando en su propio nombre y derecho.

Sucede aquí, sin embargo, que una vez incoado el procedimiento (el 3 de diciembre de 2008), M.C.M.M. dirige nuevo escrito a la Administración (el 24 de febrero de 2009), poniendo en su conocimiento que su esposo falleció

el 21 de marzo de 2008 –con anterioridad, por tanto, a la incoación del expediente–.

La cuestión tiene importancia en cuanto a la legitimación para promover la reclamación. En efecto, la primera reclamación –pese a hallarse firmada por ambos cónyuges– evidentemente sólo podía haber sido interpuesta por el afectado por la concreta asistencia sanitaria cuestionada, habida cuenta que en ella se hacía referencia tan sólo a los daños personales (físicos) sufridos como consecuencia de dicha actuación médica. Daños que, como ha quedado suficientemente explicitado en los antecedentes de hecho, recaían exclusivamente en la persona del fallecido, dado que no se hacía mención en absoluto al posible daño moral que, como consecuencia de dicha actuación sanitaria, pudiera haberse derivado también para la esposa, por la zozobra y sufrimiento que el empeoramiento del estado de salud de su esposo podía acarrearle.

Nos encontramos, pues, ante la dificultad de esclarecer el concepto por el que reclama la viuda, respecto del expediente de responsabilidad patrimonial incoado que, como decimos, trae causa de una reclamación que sólo podía haber sido interpuesta por su esposo, en cuanto que era él el único perjudicado por la actuación sanitaria puesta en entredicho, en los términos en que se encontraba redactado el escrito de reclamación.

El derecho al resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria dispensada al difunto es un derecho que forma parte del acervo hereditario, y como tal, transmisible por herencia (cfr. artículo 661 del Código Civil –CC–), dado que se trata de un derecho que no se extingue por la muerte del finado (artículo 659 del CC). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de octubre de 2003 se pronuncia, en un caso similar, en los siguientes términos: *“No puede entenderse que el derecho al resarcimiento de la fallecida sea un derecho personalísimo no*

transmisible a sus herederos, su sufrimiento sí fue personalísimo mas es resarcible, compensable pecuniariamente, y tal resarcimiento constituye un derecho patrimonial, ya devengado una vez que el mismo se ha producido y susceptible de transmisión a sus herederos”.

En principio, pues, ningún obstáculo habría a que los herederos de R.B.L. —únicamente sabemos por la reclamación que tiene un hijo— hubieran sucedido a éste en su posición de reclamante en el procedimiento administrativo ya incoado.

Sucede, empero, que el viudo o la viuda, pese a que el artículo 807 del CC lo denomina “heredero forzoso”, no es heredero propiamente, sino usufructuario del tercio destinado a mejora, cuando concurre a la herencia con hijos o descendientes (cfr. artículo 834 del CC). Dicho porcentaje puede aumentar considerablemente en función de los parientes con quienes concurra el cónyuge supérstite (artículos 837 y 838 del CC). Como señala una ya antigua Sentencia de 24 de enero de 1963, *“Entre el heredero propiamente dicho y el sucesor usufructuario, aunque lo sea por título universal, sobre todo cuando la designación es voluntaria y no legal, median profundas y esenciales diferencias que dan lugar a la imposibilidad de confundirlos (...)”. De todo lo cual se deduce que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alícuota y que, aunque esté designado a título universal, no se trata de un continuador de la personalidad del testador”.*

En el caso que nos ocupa, la posible legitimación de la viuda para reclamar frente a la Administración sanitaria, vendría dada por habérsele irrogado un daño moral como consecuencia del fallecimiento de su esposo. Y tal derecho a obtener un resarcimiento por esta causa se le reconocería no por título de herencia, sino *iure proprio*, por el perjuicio personal sufrido por encontrarse con el difunto unida por vínculo matrimonial y que, precisamente por ese fallecimiento, se presume que sufre un daño

susceptible de indemnización, y calificado de daño moral. Como tiene reconocido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, el daño moral es un daño personalísimo, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, o por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal (*vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª- de 30 de diciembre de 2002).

Sin embargo, dado que en el escrito de reclamación inicial no se hace mención en absoluto al daño moral sufrido por la esposa, ni ésta aclara más tarde, una vez ocurrido el fallecimiento de su cónyuge, que el concepto en el que reclama es por haber sufrido un daño moral derivado de ese fallecimiento –habida cuenta que no podía suceder a éste en su posición en el procedimiento administrativo, por no ser heredera- entendemos que M.C.M.M. carece de legitimación activa en este asunto.

Nótese que no decimos que M.C.M.M. no sea perjudicada, que lo sería, en todo caso, por el título de convivencia y afectividad más que por el de heredera propiamente dicho. Entre otras la STS de 16 de julio de 2004. Lo es por su mera condición de esposa del difunto, y ello le permitiría interponer dentro del plazo de prescripción reclamación por este motivo, o solicitar, en su caso, la acumulación de su reclamación a la tramitada inicialmente a nombre de su esposo (al amparo del artículo 73 de la LRJAP-PAC), o haber ampliado la reclamación inicial en trámite de alegaciones, especificando que reclamaba por el daño moral sufrido.

Al no haberse procedido de esta manera, consideramos que lo más correcto jurídicamente hablando es negarle a aquélla legitimación activa en este expediente, sin perjuicio de que –ya se adelanta- habida cuenta de que la presente reclamación va a ser desestimada en cuanto al fondo, así como que el propio Servicio Madrileño de Salud no le ha solicitado a la reclamante que aclare el concepto en qué actúa, apuntemos simplemente

esta cuestión, y entremos a abordar los siguientes elementos de la reclamación patrimonial presentada.

En cuanto a la legitimación pasiva, la reclamación ha sido correctamente dirigida frente a la Administración Sanitaria madrileña, dado que el daño irrogado a las reclamantes, ha sido causado supuestamente por personal integrado en el SUMMA 112, dependiente del Servicio Madrileño de Salud.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, es de un año, a contar desde que se produjo el hecho o el acto que motiva la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP-PAC). En este caso, la reclamación se interpone, todavía en vida del paciente, el 5 de marzo de 2008, cuando la intervención sanitaria a la que los reclamantes anudan sus padecimientos tuvo lugar el 30 de noviembre de 2007. La reclamación presentada interrumpe, pues, el plazo de prescripción.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. En concreto, se han recabado el informe del servicio que supuestamente causó el daño, el SUMMA 112 (exigido por el artículo 10 del RPRP), así como el de la Inspección Médica. Se ha concedido trámite de audiencia a la interesada, exigido con carácter general en el artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP (respecto de los procedimientos de responsabilidad patrimonial), sin que pueda argumentarse que se les haya irrogado indefensión.

Debe mencionarse también, aunque constituye una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, la constante inobservancia de los plazos que marca la legislación vigente en orden a la tramitación de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, que deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses desde su iniciación, salvo que se hubiese

acordado periodo extraordinario de prueba, conforme al artículo 13.3 del RPRP.

En el caso examinado, el expediente de responsabilidad patrimonial, aun cuando tiene entrada en el SERMAS el 7 de marzo de 2008, no es incoado por la Consejería de Sanidad hasta el 3 de diciembre de ese mismo año, y por tanto, en aplicación del citado artículo 13.3, debió concluirse antes del 3 de junio de 2009. Sin embargo, no se ha recabado dictamen de este órgano consultivo hasta el 3 de noviembre de 2010, sin que exista en el expediente razón alguna que justifique una demora tan excesiva. El transcurso del mencionado plazo determina que la reclamación patrimonial deba entenderse desestimada (cfr. artículo 43.1 de la LRJAP-PAC), sin que ello sea óbice para que subsista la obligación de resolver para la Administración *ex* artículo 42 de la misma Ley, no quedando aquélla vinculada por el sentido del silencio (artículo 43.4.b) de la LRJAP-PAC). Obviamente, también subsiste la obligación de dictaminar para este Consejo Consultivo.

CUARTA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin

intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal.
c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 5 de junio de 1998, se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“(...) esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992,, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la

responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en si mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada (vid. por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007, 7 de marzo de 2007 y de 16 de marzo de 2005) que *"a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente"*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

Como antes se dijo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se ha de considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite razonable a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción de la *lex artis*, basado en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, sin que nazca entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad surge del carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando “*no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario*” (vid. SSTs de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo que hay que añadir que “*la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento*” (STS de 14 de octubre de 2002).

Y a mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que “*prestada la asistencia*

sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas”.

Conforme a las reglas generales aplicables en orden a la carga de la prueba, es al reclamante a quien corresponde, de ordinario, probar tanto la violación de la *lex artis* como la existencia de nexo causal.

QUINTA.- Del tenor de la reclamación patrimonial presentada, se puede ver claramente cuál es el reproche que la interesada dirige a la Administración sanitaria: según ella, los servicios de salud que atendieron a su marido la noche del 30 de noviembre de 2007, a raíz del cuadro de dolor abdominal agudo que éste presentó, debieron haberle prescrito hospitalización inmediata, en lugar de pautarle nolutil por vía intramuscular para calmarle el dolor. La reclamante achaca también a los servicios sanitarios del SUMMA 112 una tardanza injustificable, dado que, una vez reapareció el cuadro de dolor agudo de su esposo sobre la 1 de la madrugada ya del día 1 de diciembre, y solicitaron una ambulancia, ésta no llegó, por lo que tuvieron que recurrir a su hijo para que condujera a su padre en su vehículo particular a una clínica privada, donde sería diagnosticado de perforación duodenal e intervenido de urgencia esa misma madrugada.

De esta defectuosa intervención sanitaria, la interesada anuda, en relación de causa a efecto, los daños que dice se le han irrogado a su esposo: así, razona, el estado de salud de éste —ya de por sí grave y delicado— empeoró considerablemente como consecuencia del debilitamiento que le supuso la operación, y de otra parte, dicha intervención quirúrgica obligó a retrasar la instauración del tratamiento de quimioterapia que su esposo precisaba para el tratamiento del cáncer que padecía, lo que le acarrearía consecuencias de gran alcance (aún sin precisar en el momento de interponerse la reclamación). Por ello, se solicita compensación económica por los daños

causados y trastornos ocasionados, más el coste de la intervención quirúrgica realizada en la clínica privada y los perjuicios y molestias anejos.

Al haber fallecido el esposo de la reclamante, el panorama cambia sustancialmente, habida cuenta que, según lo antes dicho, la viuda carecería de legitimación activa para quedar ella sola promoviendo el presente expediente de responsabilidad patrimonial, puesto que los daños por los que se reclamaba inicialmente eran exclusivamente los sufridos por su esposo en vida de éste, y no el daño moral que se le ha ocasionado a ella a raíz de su fallecimiento, susceptible de ser reclamado autónomamente –incluso en el mismo expediente, si se hubiera decretado la acumulación de ambos-, pero daño sobre el que la reclamante no se ha pronunciado, habiendo podido hacerlo en el trámite procedimental oportuno.

Hecha esta salvedad, debemos decir, con todo, que la reclamación no puede prosperar. Y no puede hacerlo por cuanto la viuda –aun suponiendo a efectos meramente dialécticos que tuviera legitimación- no ha demostrado en absoluto que la asistencia sanitaria dispensada a su esposo por los servicios de emergencia el 30 de noviembre de 2007, con el rosario de sufrimientos que vino después, y que culminaría con la muerte de su esposo el 21 de marzo de 2008, fuese contraria a la *lex artis ad hoc*. En las reclamaciones de asistencia sanitaria, es sobre quien reclama sobre quien pesa la carga de la prueba, como tiene reconocido abundantísima jurisprudencia. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, argumenta en los siguientes términos: “(...) *las obligaciones exigibles a los servicios médicos en relación con prestaciones como las examinadas en este expediente son obligaciones de medios y no de resultado. Corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una*

violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama”.

Sin embargo, la reclamación aparece carente del más mínimo sustrato probatorio. Mientras que, por el contrario, obran en el expediente elementos de juicio suficientes para afirmar que la asistencia sanitaria dispensada al paciente fue del todo correcta desde el punto de vista de la *lex artis*.

Por un lado, el informe de la Directora Médica del SUMMA 112 explica cuidadosamente los pormenores de la actuación sanitaria cuestionada. Según dicho informe, el día 30 de noviembre de 2007 se recibió una llamada en el SCU (Servicio Coordinador de Urgencias) con hora de registro 22:50, siendo el motivo de la consulta “*dolor abdominal*”. El médico regulador asignó una Unidad de Atención Domiciliaria (UAD), para asistencia por facultativo, a las 23:19 horas. Según se explica en el citado informe, “*la transferencia de llamadas de operador a médico se realiza por riguroso orden de prioridad, coincidiendo, en este caso, según el código de motivo de consulta, con un “pico” de llamadas de mayor prioridad, demorándose la transferencia*”. En cuanto a la asistencia dispensada por el facultativo que fue asignado para acudir al domicilio del enfermo, se dice que se transmitió el aviso a los 16 minutos. Una vez en el domicilio, se realizó anamnesis y exploración, incluyendo exploración abdominal sin signos de irritación peritoneal y pruebas complementarias de saturación de oxígeno (tenía un 92%), tensión arterial y frecuencia cardíaca, tratamiento analgésico y registro de finalización. En la hoja de asistencia, se hizo la anotación de “*pendiente de evolución*” (si no cede la clínica, traslado al hospital), finalizando el servicio a las 00:17 horas. Dado que a las 00:49 horas se volvió a recibir llamada en el SCU, solicitando ambulancia para traslado, ésta se asignó a las 00:53, “*con un tiempo de cola de transferencia a médico de 5 segundos (sic)*”. Se añade, finalmente, que “*El aviso es transmitido al ambulancia a las 2:15 horas, a las 2:34 horas el ambulancia acude al*

lugar, notificando al SCU no encontrarse el paciente; tras confirmación con teléfono aportado del domicilio, de no encontrarse, se retira del lugar”.

Por su parte, el autor del informe de la Inspección Médica, analiza los antecedentes del caso, y hace un resumen de las principales consideraciones recogidas en la literatura científica a propósito del cuadro de dolor abdominal, como el que presentaba el paciente. En las conclusiones de dicho informe, se afirma que más de un tercio de los pacientes que acuden a los servicios de urgencias con un dolor abdominal no van a poder ser diagnosticados, encuadrándose su dolencia dentro de lo que se denomina “*dolor abdominal inespecífico*”, ante la dificultad de filiarlo. Lo importante respecto de estos pacientes, es descartar otras dolencias más graves, y mantenerlos bajo observación a la espera de ver cómo evoluciona el cuadro. De ahí que se alcance la conclusión de que la asistencia sanitaria dispensada al paciente fue correcta, desde el punto de vista de la *lex artis ad hoc*, puesto que el médico que acude al domicilio, una vez examinado el paciente y ante la ausencia de síntomas más claros de la dolencia, decidió instaurar tratamiento analgésico, señalando expresamente que se permanecía expectante, al decir “*pendiente de evolución*”, y aconsejando el traslado inmediato al hospital si no cedía la clínica.

En definitiva, pues, entendemos que fue el propio estado de salud del enfermo, sumamente precario, como reconoce su esposa —y que acabaría a los pocos meses con su fallecimiento— el que desencadenó los sufrimientos y dolencias que surgieron después. El hecho de que la verdadera patología que aquejaba al paciente (perforación de duodeno), cuando presentó el dolor abdominal que provocó la llamada al SUMMA 112, no diera la cara en el momento en que acude el facultativo a su domicilio, no quiere decir que la asistencia dispensada por este último fuese incorrecta. Pues, como señala la literatura científica y los protocolos existentes acerca del abordaje de pacientes con dolor abdominal, lo procedente es “*esperar y ver*” ante la

ausencia de síntomas claros, y la posibilidad de que dicho dolor abdominal pueda encuadrarse en un amplio abanico de dolencias, que comprende desde patologías leves y benignas hasta enfermedades graves e incurables.

Tampoco ha demostrado la reclamante de ninguna manera que el retraso en la aplicación del tratamiento de quimioterapia a que debía someterse su marido, al tener que pasar el periodo de convalecencia necesario tras la intervención laparoscópica para curarle de su perforación duodenal, tuviera que ver con el fatal desenlace. Desconocemos el estado previo en que se encontraba el paciente, y carecemos de datos para saber si el retraso de unas semanas en la iniciación del tratamiento de quimioterapia supuso, en efecto, un agravamiento de su estado de salud.

Finalmente, en cuanto a los gastos generados por haber tenido que intervenir al paciente en una clínica privada, no se dan tampoco los requisitos necesarios para proceder a su abono. En efecto, todos los casos de fallos judiciales que estiman la responsabilidad patrimonial de la Administración por necesidad de acudir a la medicina privada, parten de supuestos constatados de falta de diligencia y pasividad mantenidas durante un largo periodo de tiempo, o en que se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo, que justifican la pérdida de confianza del paciente en los médicos que le venían atendiendo en la sanidad pública, “*confianza –como razona la Sentencia del TSJ de Madrid núm. 378/2008, de 25 de marzo- que constituye un presupuesto inescindible de la prestación sanitaria*”. Por ello, continúa diciendo la misma Sentencia, “*ante la reiterada omisión de los médicos de dicho Hospital, los gastos generados por la asistencia en la sanidad privada configuran un perjuicio patrimonial cierto causado por un deficiente funcionamiento de la Administración o, dicho de otro modo, un desembolso económico que debió realizar la paciente ante una inactividad de la Administración cuando la interesada tenía derecho a recibir ese servicio. Nada obsta a que el*

reintegro de esos gastos pueda encauzarse por distintas vías, como lo es a través de la responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, determinando así la competencia de esta jurisdicción”.

En el caso examinado, se constata en efecto, que la ambulancia solicitada a las 00:49 horas, no llegó al domicilio hasta las 2:34 horas, cuando ya el enfermo había sido trasladado por un familiar en su vehículo particular a un centro sanitario privado para ser atendido. Sin embargo, aplicando la anterior doctrina, es evidente que este retraso no justifica que la Administración deba correr con los gastos generados por la atención del enfermo en dicho establecimiento privado, en aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Fue por tanto la grave situación de base que presentaba el enfermo la desencadenante de su evolución posterior, sin que a los servicios sanitarios fuese exigible una actuación distinta de la que llevaron a cabo. En casos similares en que ha sido la grave enfermedad y situación clínica del paciente la determinante del resultado final, independiente de la actuación de los profesionales sanitarios, la jurisprudencia considera roto el nexo de causalidad. Es exponente de esta línea jurisprudencial la Sentencia del TSJ de Madrid núm. 2305/2008, de 24 de noviembre, que razona así: “...no concurren los presupuestos necesarios que dan lugar al nacimiento de la responsabilidad de la Administración Sanitaria y, en concreto, no se aprecia relación de causalidad entre la actuación médica en el servicio de urgencias prestada el día 1 de mayo (...) y el fallecimiento súbito del paciente cuando reingresa al día siguiente, y ello porque creemos que los profesionales intervinientes el día 1 de mayo actuaron conforme a la «lex artis ad hoc», en relación con la situación clínica que el enfermo presentaba ese día”.

Habiéndose producido la ruptura del nexo de causalidad entre los daños y perjuicios sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos, como consecuencia de la grave enfermedad determinante de la asistencia sanitaria cuestionada, y siendo ésta del todo conforme a la *lex artis ad hoc*, debe decaer la reclamación patrimonial presentada.

En mérito a todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada debe ser desestimada.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 24 de noviembre de 2010