

En Logroño, a 19 de enero de 2009, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

10/09

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. J. L. O. M. por daños derivados de atención sanitaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D. J. L. O. M., diagnosticado de gonoartrosis de rodilla derecha, fue intervenido quirúrgicamente el día 29 de septiembre de 2005 en la Clínica *L. M.* de Logroño, a cargo del Servicio Riojano de Salud, procediendo a implantarle una prótesis total de rodilla (modelo *Duracon*). Se indica en el informe de alta hospitalaria de fecha 4 de octubre de 2005 que el postoperatorio transcurrió sin incidencias dignas de mención. Consta firmado por el paciente el correspondiente consentimiento informado para dicha intervención en el que se indican como posibles complicaciones la rigidez articular y cojera.

En la primera revisión traumatológica posquirúrgica, realizada con fecha 27 de octubre de 2005 en el Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*, se constató limitación de la movilidad de dicha rodilla, siendo remitido para tratamiento al Servicio de Rehabilitación, donde fue valorado una semana mas tarde. En las anotaciones médicas anotadas por dicho Servicio en la historia clínica de D. J. L. O. M. consta que presentaba dolor en la rodilla y, en la exploración, una flexión máxima de 70° y extensión a menos 20°. A pesar de pautársele tratamiento rehabilitador urgente, presentó una evolución desfavorable. En la revisión realizada el día 23 de diciembre de 2005, consta que la rodilla presentaba una flexión a 55° y extensión a menos 25°.

Con fecha 26 de enero de 2006 y siendo diagnosticado de artrofibrosis de rodilla derecha, fue incluido en lista de espera para la realización de una artrolisis via artroscópica con una indicación de alta prioridad (menor de 30 días).

Consta en la hoja de "protocolo quirúrgico" realizado en dicha intervención, que tuvo lugar el 1 de marzo de 2006, que se le realizó limpieza de la fibrosis pero, al no conseguir con la artrolysis apenas cambios en la extensión de la articulación, se realizó artrotomía y se cambió el componente tibial de la prótesis logrando una extensión completa.

Se instauró rehabilitación precoz con férula automotora (*Kinetec*) consiguiendo inicialmente una extensión completa. Tras el alta hospitalaria de fecha 6 de marzo de 2006, se le indicó continuar en su domicilio haciendo rehabilitación con dicha férula 2 horas diarias con flexión de 85-90°.

Con fecha 5 de abril de 2006 fue valorado por el Servicio de Rehabilitación presentando en la exploración: tumefacción global de la rodilla, con flexión de 70° y extensión de menos 40°. Se le indicó continuar con el tratamiento pautado.

El 1 de junio de 2006, fue valorado por el Servicio de Traumatología que, ante la tórpida evolución del paciente, consideró la no procedencia de continuar realizando nuevos tratamientos y determinó la existencia de secuelas definitivas de pérdida de la movilidad de la rodilla (flexión a 80° y extensión a menos 15°) y cojera a la marcha.

Según indica el Dr. G. F., Traumatólogo que realizó el seguimiento del paciente, en un informe realizado al efecto de la presente reclamación, el paciente presentaba el 27 de abril de 2006 rigidez intensa de rodilla, con signos de ocupación de la misma y movilidad lateral de rótula anulada. Tras seguir estudiándolo, se confirmó la existencia, de nuevo, de artrofibrosis, decidiendo abandonar el tratamiento quirúrgico tras consultar con otros Especialistas y dado que en la bibliografía los pronósticos de una nueva intervención en la rodilla eran muy desalentadores. Señala que se lo comunicaron a D. J. L. O. M. con la información de su parte de que ésta sería una secuela posiblemente definitiva.

Segundo

A la vista de este diagnóstico, el paciente decidió acudir a la Medicina Privada, sometiendo su caso al Dr. M. S.

Según consta en el informe de la Clínica *L.E* de Vitoria, D. J. L. O. M. fue valorado en la Unidad de Cirugía Artroscópica del Dr. S. por presentar dolor y limitación de movilidad de la rodilla derecha. Gammagráficamente presentaba signos de movilización del componente tibial descartando proceso infeccioso.

El 25 de enero de 2007, fue intervenido quirúrgicamente, objetivando una severa artrofibrosis con limitación de la movilidad con un flexo > 20° y un tope de flexión de 50°. Se realizó un cambio protésico por una nueva prótesis modelo *Duracon TS* tras una amplia artrolysis y resección de fibrosis. El postoperatorio transcurrió sin incidentes de

interés, realizando ejercicios fisioterápicos con dispositivo motorizado tipo *Kinetec* alcanzando un grado funcional aceptable.

El día 14 de enero de 2008, fecha de la última revisión, consta que el paciente conseguía una extensión prácticamente completa de la rodilla, aunque mantenía la misma limitación de flexión.

Tercero

El 29 de mayo de 2007, el paciente reclama al Servicio Riojano de Salud el reintegro de los gastos que le había supuesto la atención médica e intervención en la sanidad privada, que importaban un total de 20.841,47 euros.

En Resolución de 27 de septiembre de 2007 se desestima la solicitud de reintegro de gastos médicos por considerar que el caso no revestía las características propias de una situación de necesidad de asistencia sanitaria urgente y de carácter vital, único supuesto en el que la normativa vigente autoriza el reintegro de gastos, manifestándose la posibilidad de recurso frente a dicha resolución ante los órganos de la jurisdicción social.

Cuarto

A la vista del contenido de la anterior resolución, el interesado decide no recurrir a la jurisdicción social y argumentar su pretensión de reintegro de gastos como una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, que formuló por escrito que tuvo entrada en el Registro de la Consejería el 25 de enero de 2008.

Seguido el expediente en todos sus trámites —entre los que son de destacar el informe de la Inspección médica y el pericial a instancia de la Compañía aseguradora de estos riesgos—, con fecha 26 de noviembre de 2008, se formula por la Instructora Propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación.

La Dirección General de los Servicios Jurídicos se muestra conforme con la Propuesta de resolución en su informe, emitido el 12 de diciembre de 2008.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 15 de diciembre de 2008, registrado de entrada en este Consejo el día 7 de enero de 2009, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 7 de enero de 2008, registrado de salida el día 8 de enero de 2009, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

Es preceptiva la emisión de l presente dictamen conforme a lo dispuesto en el artículo 11 G) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción del mismo por la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja —aplicable en este caso—, por ser la cuantía de la reclamación superior a 600 euros, en concordancia con el cual ha de ser interpretado el artículo 12 G) del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de este Consejo Consultivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la

valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Inexistencia de responsabilidad de la Administración

La pretensión que se ejercita en el presente procedimiento es la de resarcimiento de los gastos ocasionados por la asistencia que recibió el reclamante en la Sanidad privada, que importan un total de 20.841,47 euros.

La procedencia de esta pretensión ha de discernirse, en principio, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, que no es una norma de responsabilidad patrimonial, sino un precepto que forma parte del régimen jurídico de la Seguridad Social, por lo que, en caso de disconformidad con lo que al respecto decida la Administración, habría de reiterarse la pretensión ante los Tribunales del orden jurisdiccional social. Según dicho precepto, *“la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”*.

Desde luego es claro, y así se indicó en la Resolución de 27 de septiembre de 2007, que ya ha alcanzado firmeza, que en este caso no se dan las circunstancias de “urgencia vital” a que se refiere el precepto transcrito. Pero, a la vez, es preciso recordar que la limitación que, respecto a la normativa anterior, introdujo en nuestro ordenamiento el Real Decreto 63/1995, cuya redacción reproduce el hoy vigente y ya citado Real Decreto 1030/2006, consistente en reconocer únicamente el derecho al reembolso en los casos de “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”, guardando silencio sobre el otro supuesto antes previsto de “denegación de asistencia”, ha provocado que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo hayan admitido reiteradamente pretensiones de reintegro de gastos causados en la sanidad privada por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración precisamente en casos de denegación de asistencia o error de diagnóstico. Y es que, efectivamente, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene alcance general y no resulta excluido, derogado ni desplazado por la regulación, mucho más específica y de diferente naturaleza —se inserta en el sistema de la Seguridad Social—, de las pretensiones de reintegro de los gastos causados por la intervención de la Sanidad privada: contemplado desde la óptica del primero, tales gastos son un daño real y efectivo, y su

indemnizabilidad depende de que efectivamente tal daño sea imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que exige el incumplimiento por parte de la Administración del deber genérico de protección de la salud y del derecho a la asistencia sanitaria de cada paciente, que es lo que se condensa en esos dos supuestos de “denegación de asistencia” y “error de diagnóstico”. En este sentido, la exclusión de estas hipótesis del régimen de la Seguridad Social y su inclusión por vía jurisprudencial en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de los servicios públicos sanitarios es perfectamente coherente con la naturaleza de uno y otro.

Así pues, no puede sino admitirse que los gastos satisfechos a la sanidad privada pueden ser un daño indemnizable por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que concurren los requisitos de ésta, de los que en este caso es obligado analizar dos: primero, que la relación de causalidad en sentido estricto aisle la causa del resultado dañoso situándola en la órbita del actuar administrativo; y, segundo, que, ello supuesto, concorra el imprescindible criterio positivo de imputación objetiva de la responsabilidad a la Administración y no lo haga ninguno de los criterios negativos de imputación que excluyen tal responsabilidad.

En cuanto a lo primero, como reiterada y constantemente viene señalando este Consejo Consultivo al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, constatada la existencia del daño, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente —conforme a la lógica y la experiencia— explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Hemos explicado también, y volvemos a insistir en ello, que, para detectar tales causas, el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Ahora bien, en el ámbito sanitario, la relación de causalidad en sentido estricto presenta inevitablemente una característica peculiar, que es la de que casi siempre concurrirá al menos una “causa” del resultado dañoso: el estado del paciente. Por eso, en este campo, el problema es siempre determinar, por lo pronto, si la concreta actuación médica merece o no la condición de causa (*concausa*, habrá que decir) del daño padecido, esto es —conforme a la doctrina de la *condicio sine qua non*—, si la misma constituye o no una condición empírica antecedente sin cuya concurrencia el resultado dañoso, en su configuración totalmente concreta, no habría tenido lugar; o si, por el contrario, ese resultado se explica de modo exclusivo o suficiente por la patología que sufriera la víctima.

Pues bien, en este caso, no creemos que haya dudas de que la asistencia sanitaria prestada a D. J. L. O. explica el resultado dañoso cuya indemnización se reclama, ya que

aquél acudió a la Sanidad privada por no encontrar en la Sanidad pública diagnóstico y tratamiento eficaz a su dolencia, de modo tal que, si hubiera encontrado en el Sistema sanitario público solución o paliativo, puede darse por seguro que no hubiera recurrido a la Sanidad privada, sin que frente a ello pueda razonablemente afirmarse que acudió a ésta voluntariamente o por capricho.

Así las cosas, queda por analizar lo que termina siendo la cuestión esencial en este expediente, cual es la concurrencia o no de un suficiente criterio de imputación objetiva de la responsabilidad a la Administración. Como hemos explicado reiteradamente en numerosos dictámenes, en el ámbito sanitario el funcionamiento del servicio público — que es el *criterio positivo de imputación* que, con carácter general, utiliza el ordenamiento— consiste en el cumplimiento por la Administración de un deber jurídico previo e individualizado respecto a *cada* paciente, que es correlativo al derecho de éste a la *protección de su salud y a la atención sanitaria* (cfr. art. 1.2 de la Ley General de Sanidad, que desarrolla los artículos 43 y concordantes de la Constitución), por lo que ese deber es de medios y no de resultado y se cumple, no respondiendo entonces la Administración, cuando la atención prestada ha sido conforme con la denominada *lex artis ad hoc*.

La Propuesta de resolución, de acuerdo en ello con los dictámenes médicos obrantes en el expediente, reputa conforme a dicha *lex artis ad hoc* la actuación de los Facultativos del Servicio Riojano de Salud en este caso —incluyendo la decisión de renunciar a nuevos intentos terapéuticos—, y este Consejo Consultivo no puede sino mostrarse conforme con ese juicio. No hay en el expediente, en efecto, ningún dato que permita colegir error alguno de diagnóstico o tratamiento, ni negligencia ninguna en las intervenciones a que el paciente fue sometido, por lo demás idénticas a la que finalmente se le realizó en la sanidad privada. El hecho de que esta última mejorara la situación del paciente, aunque sin eliminar por completo su patología, acaso manifiesta mayor pericia en quien la realizó, pero no revela impericia alguna —disconformidad en su actuar con la *lex artis ad hoc*— en quienes llevaron a cabo las intervenciones que la precedieron; y sólo esto último es capaz de determinar la atribución de responsabilidad patrimonial a la Administración.

CONCLUSIONES

Única

La pretensión de indemnización ejercitada por el reclamante debe ser desestimada, puesto que los daños por los que reclama no son imputables al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero