

En Logroño, a 14 de mayo 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. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

37/09

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D^a N. A. N., en reclamación de los daños y perjuicios consecuencia de la asistencia recibida en el Servicio Riojano de Salud.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

Mediante escrito de fecha 9 de enero de 2008, presentado en la Oficina de Correos el 18 de julio del mismo año, con entrada en el Registro de la Consejería de Salud el siguiente día 21, la expresada Sra. interpone una reclamación por responsabilidad patrimonial, derivada de la intervención quirúrgica realizada, el 12 de mayo de 2006, por el Servicio de Traumatología del Centro Sanitario *Fundación Hospital de Calahorra*, a resultas de la cual le derivó, como secuela, “*pié disfuncional iatrogénico*”, sin posibilidad de recuperación en el Servicio Público de Salud ni en el Centro de referencia, no teniendo más remedio que acudir a la Medicina privada en aras a recuperar el miembro lesionado y para poder hacer vida “cuasi normal”, siendo intervenida en el Servicio especializado del Instituto Internacional de Cirugía Ortopédica del Pié (I.I.C.O.P.), ocasionándosele unos gastos que ascienden a 11.863,53 euros, cantidad que solicita le sea reintegrada.

Se acompañan a este escrito los siguientes documentos:

- Informe del I.I.C.O.P. de 10 de diciembre de 2007.
- Informe del I.I.C.O.P. de 19 de octubre de 2007.

- Informe operatorio del I.I.C.O.P. de 18 de julio de 2007.
- Factura del mismo Centro de 29 de julio de 2007, por importe de 7.462 euros.
- Resguardo de transferencia de dicho importe, de fecha 31 de julio de 2007.
- Factura de la Clínica *S. E.* de 20 de julio de 2007, por importe de 2.271,53 euros.
- Resguardo de pago mediante tarjeta de crédito de dicha factura.
- Factura del Anestesiista Dr. F. G. de 18 de julio de 2007, por importe de 950 euros.
- Facturas del I.I.C.O.P. de 13 de septiembre y 10 de diciembre de 2007, por sendas consultas, e importe, cada una de 70 euros.
- Factura de 3 de diciembre de 2007, de *F.*, por 36 sesiones de fisioterapia y rehabilitación del 17/9 al 3/12 del 2007, por importe de 840 euros.
- Factura de Clínica *L. M.* de 16 de noviembre del 2006, por plantilla test de la marcha, por importe de 200 euros.

Segundo

Mediante Resolución de 22 de julio de 2008, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día inmediato anterior, en que tuvo entrada en la Consejería el escrito de reclamación, y se nombra Instructora a D^a C. Z. M.

Por carta del día 23, se comunica a la interesado la iniciación del expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992.

Tercero

Mediante escrito del mismo día 23, la Instructora se dirige al Director Gerente de la *Fundación Hospital de Calahorra* solicitando cuantos antecedentes consten acerca de la atención sanitaria prestada en ese Centro a D^a N. A. N.; copia de la historia clínica relativa a la asistencia que se reclama exclusivamente; en general cuantos datos, documentos e informes puedan ser aportados para una mejor decisión sobre la pretensión de la reclamante; y, si la Fundación tuviera suscrita póliza de seguro el día de los hechos, número de la póliza, Entidad aseguradora y su dirección a efectos de comunicación de siniestros, exclusivamente.

Cuarto

El Director Gerente de la Fundación atiende la solicitud el siguiente 5 de agosto, comunicando tener suscrito contrato de responsabilidad civil profesional con la entidad M. I., S.A., con dirección a efectos de notificaciones la de la Correduría de seguros A., G. y C., S.A.

Y acompaña la historia clínica relativa al episodio asistencial sobre el que reclama la paciente, integrada por los siguientes documentos:

- Informe de alta C.M.A., de fecha 12 de mayo de 2006
- Protocolo quirúrgico de la misma fecha.
- Solicitud de programación quirúrgica de 22 de febrero de 2006.
- Hoja de anotaciones de la Dra. que practicó la intervención, conteniendo un total de ocho anotaciones, entre el 14 de diciembre de 2005 y el 12 de mayo de 2006.
- Consentimiento informado suscrito por la reclamante el 22 de febrero de 2006.

Quinto

La Secretaría General Técnica notifica la reclamación a la correduría A.,G. y C., S.A. con fecha 12 de agosto de 2008.

Y, en la misma fecha, da traslado de una copia del expediente a la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones, a fin de que, por el Médico Inspector que corresponda, se elabore el pertinente informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación, con el fin de facilitar la elaboración de la Propuesta de resolución sobre la reclamación planteada.

Sexto

El 31 de octubre de 2008 se remite el informe de Inspección, fechado el 29 anterior, que, en base a los hechos reflejados y a la bibliografía consultada, establece las siguientes conclusiones:

- “1.-La paciente D^a N. A. N. fue correctamente diagnosticada de un Hallux valgus.*
- 2.- Se le planteó tratamiento quirúrgico, se le informó de las posibles complicaciones y firmo el oportuno consentimiento informado.*
- 3.-La operación transcurrió sin complicaciones intraoperatorias, siendo dada de alta la paciente el mismo día de la intervención.*

4.- La paciente acude a un Centro privado para una segunda intervención, sin que conste, en la historia clínica de atención primaria, en la historia clínica de la Fundación Hospital de Calahorra ni en la historia clínica de la aplicación informática SELENE, el que la paciente acudiera a un Centro del Servicio Riojano de Salud para valorar unas posibles secuelas, determinar el grado de las mismas y establecer un posible tratamiento.

Por lo expuesto, y sólo en caso de asumir como correcto el diagnóstico emitido por el Instituto Internacional de Cirugía Ortopédica del Pie, se puede determinar que la paciente D^a N. A. N. sufrió una complicación post quirúrgica, en concreto un “pie disfuncional iatrogénico”.

La presencia de dicha supuesta complicación no indica en sí misma el que se haya producido una mala praxis: primero, porque la información disponible en el expediente indica que la atención médica prestada a D^a N. A. N. se ajusta en todo momento a la “lex artis”, sin que haya ninguna constancia de que las supuestas complicaciones fueran consecuencia de un obrar negligente por parte de los Facultativos que la atendieron; y, en segundo lugar, porque en la relación establecida entre Médico y paciente se establece un contrato de medios y no uno de resultados.

D^a N. A. N. conocía, además, el riesgo de que determinadas complicaciones post quirúrgicas requirieran una segunda intervención, como indica su firma del oportuno consentimiento informado.

No consta en la información disponible en el expediente y en la recabada por esta Inspección Médica el que Facultativos del Servicio Riojano de Salud fueran consultados por causa de las supuestas complicaciones sufridas por la paciente ni, obviamente, el que las consideraran “sin posibilidad de recuperación”, por lo que no se encuentra justificación al recurso a un Centro privado, con la posterior reclamación económica.

En consecuencia, no se puede determinar que haya existido una mala praxis médica, estimando que se ha dado a la paciente la prestación médica adecuada con los medios disponibles del sistema sanitario.”

Séptimo

Con fecha 23 de octubre de 2008, la Dirección Asistencial de Atención Primaria envía a la Inspección Médica historia clínica de Atención Primaria remitida por el Centro de Salud de Labradores, historia clínica que consta de un solo episodio abierto para tramitar, parte de baja, de fecha 10 de mayo de 2006.

Octavo

Mediante sendos escritos de fecha 6 de noviembre, la Instructora se dirige a la reclamante y a la Aseguradora, dándoles trámite de audiencia.

El siguiente día 26 de noviembre, comparece la reclamante ante el Servicio de Asesoramiento y Normativa, facilitándosele copia de todos los documentos obrantes en el procedimiento, sin que posteriormente formule alegaciones.

Noveno

La Instructora se dirige, el día 25 de febrero de 2009, a la Inspección Médica, solicitando, que informe acerca de si la secuela definida como “*antepie disfuncional iatrogénico*” estaría comprendida dentro de los riesgos típicos de la intervención practicada a la reclamante el 12 de mayo de 2006.

El Médico Inspector responde el día inmediato siguiente aclarando que “*antepie disfuncional*” se utiliza como sinónimo de “*Hallux Valgus*”, mientras que el término “*iatrogénico*” indica que, en opinión de quien utiliza el calificativo, aquella patología tiene su origen en un acto médico, refiriéndose a la intervención precedente. Añade que la recidiva de la deformidad, así como la presencia de molestias residuales que pueden requerir tratamiento ortopédico, médico o ambos, y, en algunas ocasiones, una segunda intervención son riesgos típicos inherentes a este tipo de cirugía y constan en el consentimiento informado que firmó la paciente antes de la operación a que fue sometida.

Décimo

Con fecha 2 de marzo de 2009, la Instructora del expediente emite Propuesta de resolución del siguiente tenor: “*Que se desestime la reclamación que, por responsabilidad patrimonial de esta Administración, formula D^a M^a N. A. N., por haber prescrito la acción para reclamar y porque, en todo caso, el daño alegado, cuya reparación solicita, no puede ser imputado al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios*”.

Décimo primero

El Secretario General Técnico, el día 4 de marzo, remite a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, para su preceptivo informe, el expediente íntegro, informe que es emitido favorablemente el siguiente día 20.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 30 de marzo de 2009, registrado de entrada en este Consejo el 6 de abril de 2009 el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja para dictamen el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de 6 de abril de 2009, registrado de salida el día el 7 de abril de 2009, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por 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.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 euros. La cuantía ha sido elevada a 6.000 euros por Ley 5/2008, que ha dado nueva redacción al citado precepto, pero no resulta aplicable al supuesto dictaminado por tener que atender, según la

doctrina mantenida por este Consejo a raíz de la modificación operada por la citada Ley 4/2005, de 1 de junio, a la norma vigente al tiempo de concluir el trámite de audiencia.

En todo caso, al ser la cuantía de la reclamación superior a 6.000 euros, nuestro dictamen resulta preceptivo.

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

Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LRJ-PAC) reconoce a los particulares el derecho 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, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que de cualquier modo se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas.

Lo anterior es también predicable, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien, como ya dijimos entre otros en nuestro Dictamen 3/07, *“la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo”*.

Y, en nuestro Dictamen 29/07, en la misma línea, mantuvimos que los parámetros bajo los que se han de enjuiciar los criterios de imputación del daño a la Administración Sanitaria son el de la *lex artis ad hoc* y el de la existencia del *consentimiento informado*, distinguiendo *“si el daño es imputable a la actuación de los servicios sanitarios, por existir un funcionamiento anormal que contraviene los postulados de la lex artis ad hoc o por privar al paciente de su derecho de información o si, por el contrario, el resultado dañoso ha de ser soportado por éste quien, conocedor de los posibles riesgos, ha prestado voluntariamente su consentimiento”*.

Tercero

Sobre la posible prescripción del derecho a reclamar

Según el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, *“en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*.

La intervención quirúrgica, realizada en la Medicina privada el 18 de julio de 2007, se practica, según la reclamante, para recuperar la funcionalidad del miembro lesionado, el pie derecho que, a resultas de la intervención anterior realizada el 12 de mayo de 2006 en el Centro sanitario *Fundación Hospital de Calahorra*, presentaba como secuela *“antepié disfuncional iatrogénico”*.

Es evidente que, para ser intervenida el 18 de julio de 2007, tuvo que ser previamente diagnosticada por los Facultativos del Centro en que se le practicó la intervención, hubo de programarse y fijar fecha para la misma y realizar el preoperatorio (analítica y otro tipo de pruebas), todo lo cual implica, necesariamente, no constando motivo alguno de urgencia vital en dicha intervención, que el Centro privado tuvo que examinar y diagnosticar a la paciente varios días antes de practicar aquélla.

Ello significa que, cuando se presenta la reclamación el 18 de julio de 2008 en la Oficina de Correos, había pasado más de un año desde que se conoció el alcance de las secuelas.

No constando antecedente alguno, en los Servicios Públicos Sanitarios Riojanos, de que la reclamante fuera atendida de las secuelas de la intervención del 12 de mayo de 2006, ni queja alguna de la misma posterior a dicha intervención, de la que fue dada de alta en la misma fecha, hemos de concluir que el derecho a reclamar ha prescrito y que, en el improbable e hipotético supuesto, de que las secuelas hubieran sido diagnosticadas y, consiguientemente, conocidas el mismo día 18 de julio de 2007, fecha de la segunda intervención, único caso en que no resultaría aplicable la prescripción, es a la reclamante a quien corresponde acreditarlo.

Pese a considerar este Consejo, coincidiendo con la Propuesta de resolución, que concurre prescripción, pasamos, no obstante, a analizar la posible responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Cuarto

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente supuesto

Teniendo en cuenta la pretensión deducida en el escrito inicial de la reclamación (que se le reintegren los gastos ocasionados por la intervención realizada en el Instituto Internacional de Cirugía Ortopédica del Pié por importe de 11.863,53 euros), no cabe duda de que se trata de una petición de reintegro de gastos médicos, los causados en la Medicina privada a la que recurre la interesada, alegando que ni en el Servicio Público de Salud, ni en el Centro de referencia, le dan posibilidades de recuperación.

Limitada la posibilidad del reintegro de gastos médicos, a partir del Real Decreto 63/95, a los supuestos de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, en los otros supuestos que se tenían en cuenta con anterioridad a esta norma, los de denegación de asistencia y error de diagnóstico, sólo podrá obtenerse el resarcimiento de los gastos ocasionados por la Medicina privada por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento del Servicio público sanitario, posibilidad respecto de la cual la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 2004, con cita de otras, ha cuidado de advertir que, en ningún caso, es posible que el reintegro de gastos sirva para justificar el ejercicio por el paciente de un derecho de opción entre la asistencia prestada por la sanidad pública o por la sanidad privada.

Y esto es, a nuestro entender, lo que ha ocurrido en el caso que dictaminamos. Independientemente de no acreditar haber acudido a los Servicios públicos para ser atendida de las posibles secuelas de la primera intervención, es evidente que no concurre el supuesto de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, por lo que el posible reconocimiento de responsabilidad de la Administración habrá de ser enjuiciado, como indicamos en el fundamento segundo, con arreglo al doble criterio de la *lex artis ad hoc* y del *consentimiento informado*.

Respecto del segundo, obra en el expediente, folios 26 y 27, el documento de consentimiento informado, suscrito por la reclamante el 22 de febrero de 2006, documento detallado y concienzudo, en el que figuran, entre otras posibles complicaciones del tratamiento quirúrgico del *Hallux Valgus* o Metatarsalgia mediante técnica percutánea, la recidiva de la deformidad del dedo gordo, primer dedo en garra, limitación del movimiento de la articulación metatarso-falángica, acortamiento del primer dedo y molestias residuales que pueden requerir tratamiento ortopédico, médico o ambos, y, en algunas ocasiones, una segunda intervención.

Se trata, pues, de un riesgo típico, siendo de destacar que, en el informe del Director del I.I.C.O.P. de 19 de octubre de 2007, que la reclamante acompaña a su escrito inicial, se hace constar el restablecimiento de la funcionalidad del miembro, “*pero, evidentemente, con limitaciones en cuanto a la flexibilidad; por ello es previsible que en el futuro presente alguna otra disfunción del pié que precise una nueva reconstrucción*”.

Tratándose, por tanto, de un *riesgo típico* debidamente informado, y habiendo prestado la interesada su consentimiento, sólo una infracción de la *lex artis ad hoc* permitiría imputar responsabilidad patrimonial a la Administración pública sanitaria, y no existe prueba alguna, ni siquiera indiciaria, de que haya existido vulneración alguna de la correcta praxis medico-quirúrgica, prueba que, en todo caso, incumbía a la reclamante.

CONCLUSIONES

Única

El derecho a reclamar ha prescrito y, aunque así no fuera, procedería desestimar la reclamación planteada, al no concurrir los requisitos que justifican el reintegro de gastos

médicos, ni haberse acreditado que el daño cuya reparación se solicita pueda ser imputado a la Administración sanitaria, habiendo sido la asistencia prestada por los Servicios públicos totalmente ajustada a la “*lex artis*”.

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