

En Logroño, a 10 de septiembre de 2010, 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, y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

72/10

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 A del V. S. de P., por los daños, a su juicio, causados al no ser intervenida, en la Medicina pública, de su rodilla derecha y tener que acudir a la Medicina privada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 16 de diciembre de 2009, D^a A del V. S. de P. presenta un escrito ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital *San Pedro*, que se tramita como solicitud de responsabilidad patrimonial, aunque no se cuantifica importe alguno objeto de reclamación, haciendo constar el siguiente relato de hechos:

-“Con fecha 4 de mayo de 2009, por petición al Médico de cabecera, paso consulta en los Servicios de Traumatología, con el Dr. H. M. G., después de llevar desde el mes de diciembre de 2008 con inflamación de ambas rodillas. Me diagnosticaron artrosis femoropatelar y me dan tratamiento y revisión a 1 año (no me diagnostican la existencia de líquido sinovial).

-A los tres días, es decir el 7 de mayo de 2009, en la rodilla derecha tengo un bloqueo que me impide caminar, asisto al Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro, donde me realizan RX de la rodilla derecha, diagnosticándome cuerpos libres con pseudobloqueos, me remiten al Servicio de Reumatología.

-El día 8 de mayo de 2009, soy atendida por el Dr. E.; rápidamente detectó la existencia de líquido sinovial, por lo que realiza una artrocentesis y diagnostica la posible rotura meniscal.

-Con fecha 12 de mayo de 2009, solicito al Médico de cabecera que me remita al Servicio de Traumatología, y le pido que lo haga como preferente, ya que los dolores son cada día más intensos. Me dan consulta con el Dr. H. M. G.. Le solicito me haga prueba de RM para saber el alcance de la posible lesión.

-Con fecha 2 de junio de 2009, me realizan RM; por fin, se puede diagnosticar rotura en cuerno posterior del menisco interno, sinovitis articular, quiste de Baker y condromalacia rotuliana. Le solicito trate la intervención como preferente por lo dilatado en el tiempo. Su contestación es tajante "NO". Ante mi asombro, recibo notificación de que entro en lista de espera para la intervención de artroscopia de la rodilla derecha con la prioridad media de (90 días). La rodilla izquierda no se incluye en valoración.

-A principios del mes de septiembre, se repiten los problemas de bloqueo, esta vez en ambas rodillas. Dado que este hecho se produce en mi estancia en Madrid, acudo a un Centro privado de dicha localidad, con fecha 9 de septiembre de 2009. Con fecha 15 de septiembre de 2009, fui operada de la rodilla derecha. Con fecha 19 de noviembre de 2009, me intervienen, en el mismo centro, la rodilla izquierda.

-A día de hoy estoy, haciendo rehabilitación con Fisioterapeuta privado, ya que me han dado la primera cita para el próximo 13 de enero de 2010.

-Quiero manifestar mi más enérgica queja por la mala actuación, en tiempo y forma, de los Servicios de Traumatología. Solicito: Compensación económica por los gastos que estoy teniendo que sufragar, los cuales son cuantiosos.

-Con fecha 14 de octubre de 2009, me fue notificado para realizar el preoperatorio de la rodilla derecha. Para esta fecha, hacía 30 días que había sido operada".

Se adjunta diversa documentación médica relativa a las primeras asistencias recibidas en el Hospital *San Pedro*.

Posteriormente, en fecha 27 de enero de 2010, se requiere a la reclamante para que cuantifique el importe de su reclamación, que se fija en la cantidad de 13.765,79 euros, mediante escrito de fecha 4 de febrero.

Segundo

En fecha 5 de febrero, se dicta una Resolución por la que se indica que se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, se nombra Instructor del mismo, y se comunica, igualmente, a la citada Sra. del V., diversa información relativa a la instrucción del mismo.

Tercero

En fecha 8 de febrero, se solicita de la Gerencia del Área de Salud de la Rioja-Hospital *San Pedro*, cuantos antecedentes existan de la atención prestada a D^a A del V. S. de P. en el Servicio de Traumatología, su historia clínica relativa a la asistencia objeto de

reclamación y, en particular, el informe de los Facultativos que le atendieron. La citada documentación consta, a continuación, en el expediente administrativo. Del informe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica debe destacarse lo siguiente:

-“La citada paciente fue valorada, el día 4 de mayo de 2009, en las consultas Externas de Traumatología, remitida por su médico de Atención Primaria, para valoración de gonalgia bilateral de características crónicas. Tras la oportuna exploración física y radiológica, fue diagnosticada de artrosis femoropatelar, indicando la necesidad de iniciar el tratamiento con Condrosan y precisando revisiones anuales.

-Acude nuevamente, el día 21 de mayo de 2009, desde las Consultas Externas de Reumatología, relatando bloqueo de rodilla derecha por lo que se solicita Resonancia Magnética Nuclear. Dicha resonancia es informada como rotura degenerativa de cuerno posterior de menisco interno, sinovitis articular, quiste de Baker y condromalacia rotuliana.

-El día 25 de junio de 2009, se instaura tratamiento antiinflamatorio citando nuevamente a la paciente el día 6 de julio para valorar la evolución.

-Dada la mala evolución de la clínica álgida, con nula respuesta al tratamiento antiinflamatorio, la paciente es incluida en lista de espera quirúrgica para artroscopia de rodilla derecha, con prioridad media (menos de 90 días).

Cuarto

En fecha 14 de abril, se reclama informe a la Inspección Médica, que es evacuado en fecha 15 del mismo mes, y cuyas conclusiones, son las siguientes:

“D^a A del V. S. de P., es vista por primera vez en Consulta de Traumatología el 4 de mayo de 2009. Es nuevamente atendida, tres días más tarde, en Urgencias y, un día más tarde, es también vista en la Consulta de Reumatología. Ese mismo mes de mayo, es atendida nuevamente en Consulta por el Dr. M.; a primeros de junio, se le realiza una resonancia de rodilla y es incluida en lista de espera de prioridad intermedia el 6 de julio de 2009. Esa prioridad media supone ser intervenida antes de 90 días y la paciente, al firmar dicho documento, acepta esas condiciones.

En el contexto de una patología degenerativa de rodillas, que no se detectara la presencia de líquido sinovial en cuantía escasa, no puede atribuirse a un error diagnóstico. La simple evolución del cuadro degenerativo puede explicar dicha circunstancia que, por otra parte, no condiciona las distintas opciones terapéuticas a seguir. Es un hecho circunstancial en el contexto de una artrosis femoropatelar, en la que hay una coincidencia entre el Traumatólogo y el Reumatólogo que la visitan.

Lo mismo podríamos decir en cuanto a la rotura meniscal de origen degenerativo (que no traumático) que, mediante la resonancia, se evidencia en el cuerno posterior del menisco interno de la rodilla derecha.

Es decir, en mi opinión no existe error de diagnóstico, sino una coincidencia en que la rodilla derecha sufre una artrosis femoropatelar y, en este contexto, la sospecha de rotura meniscal se evidencia a través de la resonancia.

Por todo lo anterior, considero que la atención recibida por la paciente D^a A del V. S. de P. y en relación con los hechos aquí analizados, está dentro de los límites normales, considerando tanto los plazos como las pruebas, los diagnósticos y las terapias recomendadas. Considero que, en la decisión libre y voluntaria de la paciente de acudir a la Medicina privada, no puede considerarse como factor a tener en cuenta la existencia de la mala praxis médica y/o falta de diligencia en la atención que venía recibiendo por el Servicio Riojano de Salud”.

Quinto

Consta, a continuación, en el expediente el informe pericial, emitido a instancia de la Compañía Aseguradora, cuyas conclusiones son las siguientes:

1.- D^a A del V. S. de P., presenta un proceso artrósico bilateral de rodillas, de origen degenerativo. Entre las lesiones que aparecen como consecuencia del propio proceso, está la afectación de cartílagos y meniscos. En el caso de la paciente, el menisco medial de la rodilla derecha presentaba rotura del cuerno posterior, con pseudobloqueos intermitentes.

2.- Ha sido asistida de forma razonable y adecuada en la Sanidad Pública de su Autonomía durante el año 2009 en cuatro ocasiones, entre el 4 de mayo y el 6 de julio, en que quedó incluida en LEQ para tratamiento quirúrgico, con prioridad media, para artroscopia y meniscectomía.

3.- La paciente no vuelve a consulta desde esa fecha y, según manifiesta, viaja a Madrid, en donde dice sufrir un bloqueo de rodilla, siendo operada seis días después (rodilla derecha) en un Centro Privado. Dos meses después (19 de noviembre de 2009), es operada de rodilla izquierda en el mismo Centro y, posteriormente, realiza rehabilitación con Fisioterapeuta privado.

4.- La actuación de la paciente entendemos que ha sido en razón de su principio de autonomía, pero no se puede alegar que haya habido mal funcionamiento de Sanidad Pública, ni mala praxis por parte de los Facultativos que han prestado su asistencia. Ninguna de las actuaciones médicas realizadas en Madrid han sido urgentes, podrían haber sido realizadas con toda garantía en la Sanidad Pública de La Rioja.

Sexto

El 19 de mayo, se notifica a la Sra. del V. S. de P. la apertura del trámite de audiencia, compareciendo la misma en fecha 25 del mismo mes, y obteniendo copia de todo lo actuado, sin que conste haber sido evacuado el trámite de alegaciones.

Séptimo

El 5 de agosto, se dicta Propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación interpuesta, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en fecha 11 del mismo mes.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 11 de agosto de 2010, registrado de entrada en este Consejo el 23 de agosto de 2010, 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 23 de agosto de 2010, registrado de salida el 24 de agosto de 2010, 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.

El art. 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 nuestros dictamen en las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 6.000 euros. Al ser la cuantía de la presente reclamación superior a 6.000 euros, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, 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 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 (LPAC).

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPC), 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 para la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, si bien en estos casos y como señala la propuesta de resolución, la obligación del profesional médico y la administración sanitaria es una obligación *de medios y no de resultado*, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, o lo que es lo mismo, no tendrían la condición de antijurídicos, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

En la presente reclamación, nos encontramos, en realidad, ante una petición de reintegro de gastos, pues se indica que se están incurriendo en cuantiosos gastos en la sanidad privada como consecuencia de dos intervenciones quirúrgicas en ambas rodillas, así como por el tratamiento de rehabilitación que se está llevando a cabo, al margen del sistema público sanitario, cuantificándose dichos gastos en la cantidad reclamada.

Sin embargo, lo anterior no dejan de ser meras manifestaciones de parte, pues no se ha aportado al expediente principio de prueba alguno, ni de la realización de las intervenciones quirúrgicas, ni de los importes abonados por las mismas, ni del tratamiento de rehabilitación que se dice seguir, razón esta que ya supondría la desestimación de su reclamación por falta absoluta de prueba.

Como indica la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja número 206/2008, de 12 de septiembre, en relación con los principios generales de distribución de la carga de la prueba:

*“En aplicación de la remisión normativa establecida en los artículos 74.4 y Disposición Adicional Sexta de la Ley Jurisdiccional de 1956 (artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1.214 de Código Civil, **que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho** ("semper necessitas probandi incumbit illi qui agit") así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega ("ei incumbit probatio qui dicit non qui negat") y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios ("notoria non egent probatione") y los hechos negativos ("negativa non sunt probanda").*

*En cuya virtud, este Tribunal, en la administración del principio sobre la carga de la prueba, **ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor** (por todas, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998. Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).*

En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración”.

Por ello, es necesario, además, indicar que, aunque la reclamante hubiese acreditado las cantidades abonadas en la Sanidad privada, es preciso recordar que la limitación que introdujo en nuestro ordenamiento el Real Decreto 63/1995, cuya redacción reproduce el hoy vigente 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*”; y esto 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 aísle 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.

Aplicando los anteriores razonamientos al caso sometido a nuestra consideración, hemos de mostrar nuestra conformidad con los razonamientos de la Propuesta de resolución, pues la reclamante no se ha molestado en acreditar ni un posible error de diagnóstico, ni una denegación de asistencia. Según se indica en el escrito inicial, la reclamación se formula porque la Sra. del V. S. de P. tuvo que ser asistida, por presentar un bloqueo de rodilla, en el Servicio de Urgencias de un Centro Privado (9 de septiembre de 2009). En su criterio, dada la urgencia, fue operada, el día 15 de septiembre de 2009, de la rodilla derecha.

En relación con esta cirugía, los Peritos consideran que un bloqueo real de rodilla precisa asistencia quirúrgica urgente inmediata, por lo que se deduce que el cuadro fue de las mismas características que el que había presentado en el mes de mayo. Una intervención realizada seis días después no es una Urgencia, es realizar un acto médico normal, que podría haber sido diferido perfectamente para ser intervenida en su Centro Médico habitual de la Sanidad Pública.

El 19 de noviembre de 2009, es intervenida en el mismo Centro Privado de la rodilla izquierda. Cirugía nuevamente en criterio de estos Peritos que no es un problema de urgencia y razón de más para poder ser operada en su Hospital de la Sanidad Pública.

Finalmente, dice que, el 16 de diciembre de 2009, está haciendo rehabilitación con fisioterapeuta privado, ya que le habían dado la primera cita en la Sanidad Pública para el 11 de enero de 2010. Frente a esta afirmación, también hay que decir que la rehabilitación podría haber comenzado perfectamente en la fecha que la habían citado, porque, para rehabilitar la articulación de la rodilla, en principio basta con enseñar ejercicios en domicilio y controlar en consulta de Rehabilitación o Traumatología hasta el momento de comenzar mecanoterapia u otras actividades para potenciar musculatura, una vez ganado el arco de movimiento.

En base a todo lo expuesto, no cabe otra solución que la de desestimar la reclamación interpuesta.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser desestimada, por los motivos indicados en el cuerpo de este dictamen.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

Joaquín Espert y Pérez-Caballero
Presidente

Antonio Fanlo Loras
Consejero

Pedro de Pablo Contreras
Consejero

José M^a Cid Monreal
Consejero

M^a del Carmen Ortiz Lallana
Consejera

Ignacio Granado Hijelmo
Letrado-Secretario General