

En Logroño, a 16 de marzo de 2004, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede provisional, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Bueyo Díez Jalón y D. José M^a 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

16/04

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D.F.B.A., en su propio nombre y en el de la comunidad hereditaria de su difunto padre D. J.B.S..

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

Por escrito de 12 de noviembre del 2002, registrado de entrada en el Servicio Riojano de Salud en la misma fecha, D.F.B.A. plantea reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, exponiendo, en síntesis, lo siguiente:

- Que su padre, D. J.B.S., fue ingresado el 5 de noviembre del 2001 en el Hospital *San Millán* de Logroño, por úlcera tórpida en extremidad inferior derecha, siendo diagnosticado de “isquemia con necrosis en M.I.D. en pierna”. Y tras varias jornadas de tratamiento, el

equipo médico que le atendió indicó a la familia que precisaba amputación de la pierna afectada, sin dar ninguna otra alternativa, pese a la insistencia de los familiares de trasladarlo a otro Centro con Servicio de Cirugía Vasculor o de aplicación de otras posibilidades terapéuticas menos agresivas e invalidantes.

- Que, ante la insistencia de los servicios médicos de la necesidad ineludible y urgente de la amputación, solicitaron el día 14 de noviembre el alta voluntaria y, ese mismo día, trasladaron al paciente a la Unidad de Angiología y Cirugía Vasculor de la Clínica *La Esperanza* de Vitoria, en la que, al día siguiente, se le practicó una intervención consistente en desbridamiento quirúrgico en pierna derecha, con resección de músculos necrosados y curetaje de tibia, realizándose relleno de la falta de tejido con concentrado de plaquetas del propio paciente, intervención que tuvo positivo resultado, siendo dado de alta el 20 de noviembre desaparecido el cuadro infeccioso, buen aspecto de la úlcera trófica y sin signo de gangrena húmeda, pudiendo practicársele las curas posteriores de forma ambulatoria.

- Que, pese a ese resultado positivo, hubo de ser ingresado, el 1º de marzo del 2002 en el Hospital *San Millán* con cuadro de coma derivado de hipoglucemia, falleciendo el siguiente día 10 por afectación metabólica cerebral generalizada por hipoglucemia, a lo que se añadía cuadro de insuficiencia respiratoria.

- Que, no existiendo relación entre la intervención practicada en Vitoria y el fallecimiento, se evidencia la no necesidad de la amputación prescrita, por lo que solicita, en nombre propio y en el de la comunidad hereditaria de su difunto padre, ser indemnizado por los gastos causados por la intervención quirúrgica en la Clínica *La Esperanza* de Vitoria, que cuantifica en 5.383,28 _ .

Se acompaña al escrito los siguientes documentos:

- 1.- Alta voluntaria, de fecha 14-11-2001, en el que se hace constar: “precisando amputación”.
- 2.- Informe del alta voluntaria que refiere el ingreso por úlcera tórpida en extremidad derecha (úlcera necrótica que se desbrida).
- 3.- Informe quirúrgico de la Unidad de Angiología y Cirugía Vasculor de la Clínica *La Esperanza* de Vitoria (fecha de ingreso 14/11/2001, fecha de alta 20-11-2001), en el que se describe la intervención realizada, la evolución del postoperatorio sin complicaciones, la desaparición del cuadro infeccioso, el buen aspecto de la úlcera trófica sin signos de gangrena húmeda y el alta para continuar vigilancia y curas de forma ambulatoria. Y, en el apartado “tratamiento recomendado”, se señala la conveniencia de realizar una actividad progresiva desde el día de la intervención, levantando al paciente con frecuencia al sillón y ayudándole a pasear por casa.
- 4.- Factura de Clínica *L.E., S.A.*, de fecha 20-11-2001, por importe de 2.288,52 _ .
- 5.- Informe del Servicio de Neurología del Hospital *San Millán*, de fecha 10/03/02, relacionado con el ingreso por cuadro de coma el día 1 anterior, que refiere el fallecimiento el día 10 por “afectación

metabólica cerebral generalizada por hipoglucemia a lo que se añade cuadro de insuficiencia respiratoria". En este informe, respecto de la patología que motiva la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, tan sólo se indica; "*signos inflamatorios en la extremidad inferior derecha*".

6.- Informe clínico del Servicio de Endocrinología del Hospital *San Millán*, sin fecha, que describe la multipatología del paciente.

7.- Dos facturas de Clínica *La Esperanza*, de fechas 31 de diciembre del 2001 y 12 de marzo del 2002, por importe respectivo de 270,- y 2.824,76 _ .La suma de estas dos facturas con la que hemos señalado en el anterior número 4 asciende a la cantidad total de 5.383,28 _ .

8.- Certificación literal de defunción del paciente.

9.- Acta de notoriedad, y documentos anexos a la misma, sobre declaración de herederos abintestato, por la que "*se declara verificada la notoriedad de que Don J.B.S. falleció abintestato y de que son sus herederos, por partes iguales, sus dos hijos Doña M.J. y Don F.J.B.A., sin perjuicio del usufructo vitalicio del tercio de mejora de la herencia que corresponde al cónyuge viudo Doña C.A.A.*".

Segundo

Por escrito de 26 de noviembre del 2002, la Gerente del Servicio Riojano de Salud comunica al reclamante la iniciación del expediente, informando de aspectos procedimentales del mismo.

Tercero

La Gerente del Servicio Riojano de Salud, el 25 de noviembre, remite copia de la reclamación formulada a Z. España, Cía. de Seguros y Reaseguros, y a la Gerencia del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*, comunicando a ésta la designación de la Médica Inspectora D^a M.A.J.R., para elaborar el informe preceptivo. Y, en la misma fecha, remite copia de la reclamación a la Inspectora designada. Por necesidades de reorganización del trabajo, el siguiente 5 de diciembre, se sustituye a la anterior por D^a N.M.E. a quien, en la misma fecha, se remite copia de la reclamación.

Cuarto

Por escrito del 10 de diciembre, la Inspectora reclama la historia clínica de D. J.B.S., que se incorpora al expediente. Y, el 27 de diciembre, requiere informe del Servicio de Cirugía sobre los siguientes extremos:

- 1.- *Asistencia prestada durante el ingreso hospitalario del 5 al 14 de noviembre del 2001, incluyendo pruebas realizadas, diagnóstico e indicación terapéutica.*
- 2.- *Si se valoró la posibilidad de derivar al paciente a un Centro de referencia.*
- 3.- *Si el paciente fue atendido por ese Servicio posteriormente, y en caso afirmativo fechas de consulta y resultados de las mismas”.*

El Servicio de Cirugía responde remitiéndose a la historia clínica y parte de alta voluntaria de 14 de noviembre del 2001, sin decir nada sobre si se valoró la posibilidad de derivar al paciente a un Centro de referencia.

Quinto

El 20 de enero del 2003, el Director de la Gerencia de Atención Especializada remite al Servicio Riojano de Salud, “parte de reclamación” de la interpuesta por los familiares de D. J.B.S. y documentación anexa consistente en informes de los Servicios de Endocrinología y Nutrición, Neurología y Cirugía General, éste basado en la historia clínica e informes clínicos de alta que lo acompañan.

Copias de esta documentación se remiten a la Compañía Aseguradora y a la Inspectora designada para la elaboración del informe preceptivo.

Sexto

El 12 de febrero del 2003, se emite el informe de Inspección que resume el historial y describe la multipatología del paciente y del que, por su relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada, se transcribe su conclusión octava y última:

“Que la indicación quirúrgica de amputación suprarrotuliana de la extremidad inferior derecha fue adoptada en base al diagnóstico del ulcera trófica de evolución tórpida en extremidad inferior derecha con una Isquemia grado IV por arteriopatía diabética en un paciente con situación funcional muy limitada por todos sus antecedentes personales, siendo el paciente el que no aceptó la intervención, decidiendo por iniciativa propia acudir a servicios médicos privados, donde se le realizó la intervención quirúrgica ya reflejada anteriormente, con una evolución de las lesiones en principio favorables, no pudiendo predecirse cual hubiera sido la evolución posterior de las mismas dado el tiempo transcurrido desde la intervención quirúrgica hasta su fallecimiento, durante el cual al paciente le siguieron realizando curas con una periodicidad semanal”.

Previamente, se describía la multipatología del paciente, señalando, como antecedentes personales, “Diabetes Mellitus insulino dependiente, HTA, Insuficiencia Cardíaca, Enfermedad de Parkinson evolucionada, parálisis supranuclear progresiva, ACV, Intervenido mediante Prostatectomía con incontinencia urinaria Secundaria y Arteriopatía Distal Periférica”, antecedentes que condicionaban una capacidad funcional muy limitada.

Copia de este informe es remitido por la gerente del Servicio Riojano de Salud a la Compañía aseguradora el 13 de febrero.

Séptimo

Con fecha 22 de julio, la Gerencia del Servicio Riojano de Salud notifica al reclamante que, en reunión del 17 de junio anterior, la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil procedió a rehusar la reclamación, por entender que la actuación de los profesionales que atendieron al paciente fue correcta, y le da trámite de audiencia por término de quince días, remitiéndole, además, copia del expediente el día 1º de agosto siguiente.

Octavo

Mediante escrito de fecha 11 de septiembre del 2003, el reclamante formula alegaciones en las que insiste en que la reclamación no tiene que ver con la asistencia prestada, sino con el diagnóstico consistente en la necesidad de amputación de la pierna derecha, amputación que los hechos pusieron de manifiesto no era necesaria. Y el objeto de la reclamación son los gastos de la intervención quirúrgica, alternativa a la amputación, practicada en un Centro privado.

Noveno

El 25 de septiembre, la Inspectora Médica emite nuevo informe en el que, a la vista de las alegaciones formuladas, considera que no se aporta ningún dato nuevo que no se haya tenido en cuenta en el emitido con anterioridad.

Décimo

El Gerente del Servicio Riojano de Salud formula el 27 de enero del 2004 propuesta de resolución en el sentido de *“desestimar la reclamación interpuesta por Don F.B.A. en beneficio de la comunidad hereditaria del fallecido Don J.B.S., atendido en el Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro”*.

Décimo primero

Remitida esta propuesta a la Letrada de Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, aquélla la informa favorablemente.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 25 de febrero de 2004, registrado de entrada en este Consejo el 1 de marzo del mismo año, 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 2 de marzo de 2004, registrado de salida el mismo día, 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 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, califica de preceptivo el dictamen en las reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública, lo que igualmente reitera el artículo 12.g) de nuestro Reglamento Orgánico y Funcional, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

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.

Segundo

Legitimación activa y procedimiento.

La reclamación se plantea por un hijo del paciente atendido por los servicios públicos sanitarios de La Rioja, que actúa en su propio nombre, como heredero, circunstancia que acredita, y en el de la comunidad hereditaria del padre fallecido.

Sin prejuzgar sobre el fondo de la cuestión, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el daño cuyo resarcimiento se pretende es el coste de la asistencia en un Centro privado ante la disconformidad con el tratamiento propuesto en el Hospital *San Millán*, es decir, el importe de las facturas aportadas por el reclamante y que fueron satisfechas por su difunto padre.

De existir responsabilidad de la Administración Pública, el derecho al resarcimiento se integró en el patrimonio del causante y, por tanto, se transmite a sus herederos, cualquiera de los cuales puede actuar en beneficio de la comunidad hereditaria, por lo que ninguna duda plantea la legitimación activa del reclamante.

Y, por lo que se refiere al procedimiento, cabían dos alternativas, o bien acudir al reintegro de gastos ocasionados por la asistencia en un Centro privado, cuya prosperabilidad requiere la concurrencia de estrictos requisitos; o bien reclamar la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del servicio sanitario. Una u otra vía puede emplearse en función de la concurrencia o no de los requisitos procedentes en cada caso. Habiendo planteado el reclamante la segunda de dichas vías, no hay por qué entrar, como hace la propuesta de

resolución, en si concurren o no los requisitos para pedir el reintegro de gastos, urgencia vital, denegación de asistencia, etc.

Hemos de ceñirnos, por tanto, al estudio de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal o anormal del Servicio Público Sanitario.

Tercero

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 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 de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, si bien en estos casos la obligación del profesional médico y de 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, existiendo entonces un título que obliga al paciente a soportar el daño, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

La propuesta de resolución precisamente se basa en la anterior postura para eximir de responsabilidad a la administración sanitaria riojana, afirmando que *“la actuación de los profesionales ha sido en todo momento conforme a la lex artis –correctamente atendido, diagnosticado y propuesto el tratamiento adecuado-. El paciente permaneció sometido a tratamiento conservador hasta que los familiares, de acuerdo con el paciente, ante la propuesta de amputación efectuada por los facultativos que le asistían, decidieron voluntariamente acudir a la medicina privada a pedir una segunda opinión, decidiendo igualmente seguir el tratamiento propuesto en el centro privado”*. Y añade, en el apartado final, previo a la propuesta que *“en definitiva, en el caso que nos ocupa, no puede declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, puesto que el reclamante pretende que se le indemnice por un gasto producido en un Centro privado, en relación a un servicio que ya se había decidido prestar en la sanidad pública”*.

Hay dos afirmaciones, en los apartados transcritos de la propuesta de resolución, con los que no estamos totalmente de acuerdo. En primer lugar, cuando en relación a la actuación de los profesionales, ajustada a la *“lex artis”*, califica de adecuado el tratamiento propuesto, consistente en la amputación suprarrotuliana de la pierna derecha; y, en segundo término, cuando rechaza la responsabilidad patrimonial de la Administración por pretenderse la indemnización *“por un gasto producido en un Centro privado en relación a un servicio que ya se había decidido prestar en la sanidad pública”*.

Lo segundo no es cierto desde el momento en que el tratamiento practicado en el Centro privado fue distinto del propuesto en la sanidad pública. Esta no dio otra alternativa que la amputación de la pierna, intervención que, además, consideró urgente. Por el contrario, el Centro privado propuso y practicó un tratamiento más conservador, que no implicaba la pérdida definitiva de un miembro. Consiguientemente, no puede afirmarse que la sanidad pública estuviera dispuesta a prestar el mismo servicio que prestó la privada; es más, ni siquiera valoró posibilidad distinta a la amputación.

No rechazamos con la misma firmeza, la primera de las afirmaciones con la que mostrábamos nuestro desacuerdo, la calificación del tratamiento propuesto, amputación, como de adecuado, ya que cabe admitir que se trate de un diagnóstico ajustado a la *“lex artis”*, pero que existan prácticas quirúrgicas alternativas más conservadoras, menos agresivas y que valoren la amputación como solución última, *“in extremis”*.

Quizás porque el paciente fue atendido, en el Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*, por el Servicio de Cirugía General, mientras que, en el Centro privado, fue atendido por la Unidad de Angiología y Cirugía Vascular, el hecho indudable es que el paciente salvó su pierna y fue dado de alta cinco días después de la intervención quirúrgica practicada en el Centro privado, desaparecido ya el cuadro infeccioso y sin signos de gangrena húmeda, continuando las curas periódicas en forma ambulatoria y con la recomendación de ayudarle a pasear por casa.

Es cierto que el padre del reclamante, intervenido en la Clínica *La Esperanza* de Vitoria el 15 de noviembre del 2001, falleció el 10 de marzo del 2002. Sin embargo, no hay prueba alguna de que, como insinúa la propuesta de resolución, la no amputación de la pierna fuera la causa de la mala evolución del paciente y de su fallecimiento.

En efecto, la multipatología que afectaba al paciente es suficiente para explicar el fallecimiento, sin influencia alguna de la intervención llevada a cabo por la medicina privada. Antes bien, del expediente cabe deducir que esta intervención tuvo un buen resultado y, no sólo por el informe del alta del Centro privado, sino porque, en el Hospital *San Millán*, el Servicio de Neurología que atendió al paciente en su ingreso último, hasta su muerte, indica causas del fallecimiento distintas y tan solo refiere, de la extremidad inferior derecha, “*signos inflamatorios*”.

Y, en la octava de las conclusiones del preceptivo Informe de Inspección, transcrita en el antecedente sexto, se refiere al resultado de la intervención en el Centro privado en los siguientes términos: “*con una evolución de las lesiones en principio favorable, no pudiendo predecirse cuál hubiera sido la evolución posterior de las mismas dado el tiempo transcurrido desde la intervención quirúrgica hasta su fallecimiento, durante el cual al paciente le siguieron realizando curas con una periodicidad semanal*”.

Estas consideraciones nos llevan a concluir que la cirugía practicada en el Centro privado evitó una amputación que, independientemente del daño moral que supone para el paciente y sus allegados, hubiera implicado un empeoramiento de su ya deteriorada calidad de vida, durante sus últimos meses.

Que la intervención exija un Servicio de Cirugía especializada, del que, a la sazón, carecía el Sistema Riojano de Salud, obligaría, cuando menos, a valorar la posibilidad de derivar al paciente a un Centro de referencia. En este sentido, destaquemos que la Inspectora que emitió el informe requirió por dos veces al Servicio de Cirugía del *San Millán* para que informara, entre otros extremos, sobre si se había valorado aquélla posibilidad de derivar al paciente, sin respuesta alguna sobre dicho punto concreto.

No debe olvidarse que, según el art. 54 de la Ley de Salud de La Rioja, “*superadas las posibilidades diagnósticas y terapéuticas ofertadas por el Sistema Público de Salud de La Rioja, la Consejería competente en materia de salud promoverá el establecimiento de mecanismos ágiles que permitan acceder a las personas a recursos asistenciales ubicados en otras Comunidades Autónomas*”.

Ciertamente, la Ley de Salud de La Rioja es de fecha posterior a la de la intervención de la que deriva la presente reclamación, pero el precepto transcrito no es sino aplicación del contenido del art. 15.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, a cuyo tenor, “*el*

Ministerio de Sanidad y Consumo acreditará servicios de referencia, a los que podrán acceder todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud una vez superadas todas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los servicios especializados de la Comunidad Autónoma donde residan”.

En el caso sometido a nuestro dictamen, no llegó a valorarse la posibilidad de derivar al paciente a otro centro.

Por cuanto antecede, hemos de concluir que existe una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del Servicio Público y el daño, consistente en los gastos causados por la prestación, en un Centro privado, de un tratamiento que el público no pudo prestar, sin que exista el deber jurídico de soportar aquel daño.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo, concurren los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Segunda

La indemnización procedente asciende a la cantidad de 5.383,28 €, cuyo pago a los herederos de D. J.B.S. se hará con cargo a la partida que corresponda de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

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