

En Logroño, a 10 de octubre de 2007, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D. José M^a Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

106/07

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. R. P. S., como consecuencia de una estenosis de canal lumbar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El 30 de noviembre de 2006, tiene entrada en la Oficina Auxiliar de Registro de la Consejería de Salud, del Gobierno de La Rioja, un escrito de D. R. P. S., por el que interpone reclamación de responsabilidad patrimonial solicitando se le indemnice por la cuantía de 24.040 €, importe de los daños y perjuicios sufridos al haber tenido que acudir para la solución de sus dolencias y limitaciones a una clínica privada. En su escrito, relata como antecedentes que:

"- Con fecha 10 de septiembre de 2003, en Cirugía Ortopédica y Traumatología de Fundación Hospital Calahorra, le diagnosticaron 'estenosis espinal región lumbar', 'espondilolistesis L4-L5 grado II', 'gonartrosis bicompartimental bilateral grado IV de Albhäck'. Proponen tratamiento quirúrgico y le remiten al Dr. F.. Se anexa copia n. 1

- Con fecha 10 de octubre de 2003, en el Servicio de Traumatología del Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, en consulta del Dr. F., hace constar en sus informes 'estenosis canal + espondilolistesis L4-L5, con claudicación a los 100 metros' y envía a Unidad del Dolor, a quienes 'ruega probar infiltración epidural'. Se anexa copia n. 2

- Con fecha 3 de junio de 2005, según consta en informe de Radiología de Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, consta 'L3-L4 signos de estenosis del canal en grado moderado', 'L4 -L5

signos prominentes de espondilolistesis junto a hipertrofia de las vertebrales posteriores originan un importante compromiso de espacio tanto en el canal central como en los agujeros de conjunción', 'L5-S1 muestra también signos de estenosis de canal', 'esclerosis en platillo inferior de L5'. Se anexa copia n.3"

Relata los padecimientos y dolores provocados por esta situación desde 2003; que sólo se le ofrece tratamiento para el dolor; que no puede caminar ni 30 metros porque pierde sensibilidad de ambas piernas hasta las caderas y cae al suelo; que no se le remite a Traumatología para nueva valoración ni a Neurocirugía para valorar su columna. Ante esta situación, acude a un Neurocirujano en Madrid, de la Clínica Virgen del Mar, que se sorprende de su estado y que *"tiene muy claro el diagnóstico y la solución, intervenir para liberar las terminaciones nerviosas y alinear la columna"*, intervención practicada el día 13 de marzo de 2006 con resultado *"totalmente satisfactorio porque no sufre ningún dolor en la columna y porque tiene autonomía para desplazarse de la que hace años no ha podido gozar"*.

Adjunta las copias de informes y documentos de su historial clínico (folios 3 a7).

Segundo

El 1 de diciembre de 2006, el Secretario General Técnico, por delegación del Sr. Consejero, resuelve tener por iniciado el procedimiento y nombra Instructora del mismo. Dicha resolución se comunica y notifica al interesado, el 14 de diciembre, con indicación de lo establecido en la legislación del procedimiento común.

Tercero

La Instructora del procedimiento, mediante escrito de 4 de diciembre de 2006, solicita de la Gerencia del Área II, *Rioja Media*, Hospital *San Millán* cuantos antecedentes existan en la Historia clínica del reclamante referidos a la asistencia prestada por el Servicio de Traumatología, así como informe de los Facultativos que intervinieron en la asistencia reclamada.

Igual solicitud se remite al Director Gerente de la Fundación Hospital de Calahorra, en relación con la actividad asistencial prestada al reclamante en dicho centro sanitario, así como indicación de la póliza de seguro y entidad aseguradora de la Fundación.

Ese mismo día, la Instructora remite copia de la reclamación presentada a Z. España Cia. de Seg. y Reaseguros, aseguradora del SERIS.

Cuarto

El Director Gerente de la Fundación Hospital Calahorra cumplimenta el requerimiento mediante escrito de 28 de diciembre de 2006, registrado el 4 de enero de

2007. Adjunta informes obrantes en la Historia clínica del reclamante, así como copia de la Historia clínica informatizada y el nombre de la Aseguradora (M. I. SA). En cuanto a los informes de los profesionales de la Unidad de Aparato Locomotor que atendieron al reclamante, no puede cumplimentarse el informe *"por haber causado los mismos baja laboral en este centro"*. En la documentación clínica remitida, se incluyen asistencias sanitarias distintas de la que motiva la presente reclamación.

Quinto

La Directora Gerente del Área II remite la información solicitada, el 12 de enero de 2007, registrada el 16 de enero, en relación a la asistencia prestada en el Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*. Se han incorporado los siguientes informes:

A) Del Dr. M. G. F., Traumatólogo, de 28 de diciembre de 2006. Dice literalmente:

"El paciente ...según el informe que se me adjunta y la Hª clínica, fue atendido por mí hace más de tres años. Según los datos extraídos, puedo informar que, en la primera ocasión que vi al paciente, coincidí, en lo básico, con el diagnóstico que traía de la FHC. Ante su patología, se planteó la posibilidad de cirugía, pero, dado que se trata de un proceso crónico y los resultados de la cirugía no son siempre los esperados, con posibilidad de riesgos importantes, aconsejé, después de explicar al paciente, como hago con frecuencia en pacientes que veo por primera vez, sin signos urgentes de patología neurológica, el probar con tratamientos sintomáticos, como las infiltraciones epidurales, para ver si de esta forma las molestias mejoran lo suficiente. Muchos pacientes con las mismas imágenes de patología se encuentran con mínimas molestias haciendo una vida prácticamente normal. Si así fuera, se podría evitar la cirugía, pero no descartando ésta en un tiempo después. Siempre a evaluar en controles posteriores a corto plazo. Normalmente, una vez se comprueba que el tratamiento en la Unidad del Dolor no es efectivo, cuando vuelve el paciente a revisión, se plantea de nuevo el plan quirúrgico, volviendo a valorar los pros y los contras. No he vuelto a saber del paciente hasta hoy. Es una buena noticia que el paciente haya mejorado pero creo que, si se hubiera operado aquí, también hubiera podido tener el mismo resultado" (folio 33).

B) De la Dra. A. C. de la Unidad de Dolor, de 4 de enero de 2007. Señala en su informe que el paciente acudió por primera vez en diciembre de 2003, a petición del Traumatólogo Dr. G. F., con el diagnóstico de *"estenosis de canal lumbar con claudicación"* siendo atendido en 14 ocasiones (la última en febrero de 2006), además de consultas telefónicas, de su dolor en extremidades inferiores, secundario a su diagnóstico de base, con las técnicas y medios propios de la Unidad de Dolor, a saber:

"-Se han intentado múltiples tratamientos farmacológicos, así como Terapia de Estimulación Eléctrica Transcutánea (TENS); también se han aplicado inyecciones de una mezcla de anestésicos locales y esteroides sobre la musculatura paravertebral profunda más comúnmente afectada. Cabe señalar que al paciente se le propusieron inyecciones epidurales que voluntariamente rehusó.

- Se ha evaluado el estado del paciente de forma regular sin detectarse en ningún momento déficits neurológicos, valorando e indicando exámenes radiológicos complementarios".

Tras referir las asistencias prestadas por otros servicios sanitarios, indica, entre otras cosas, que su Servicio ha dado al paciente atención y tratamiento continuo y constante que en ningún caso puede incluir la indicación o tratamiento quirúrgico; que el paciente ha tenido ocasiones para comentar al Traumatólogo (que sí tiene competencias quirúrgicas) acerca de su situación, en las visitas que realizó para operarse de otros procesos (dedo en resorte) así como *"ha tenido posibilidades de ser visitado por el Especialista que le diagnosticó...a través de los cauces administrativos que brindan los servicios públicos de Salud y que se originan en el Médico de cabecera, pero no pueden atribuirse en ningún caso a la Unidad de Dolor, puesto que no tiene competencias quirúrgicas."*(folio 36).

C) Documentación clínica de la FH Calahorra (folios 37-38).

D) Copia de la Hoja interconsulta de Traumatología de 10-10-03 (Dr. G.F.) a Unidad de Dolor, donde consta como "Motivo de consulta", manuscrito *"paciente afecto de estenosis canal lumbar con claudicación. Ruego probar infiltraciones epidurales"*, de (folio39).

E) Informe de Consulta Externa, elaborado por la Dra. A. C., de la Unidad de Dolor a petición del interesado, el 6 de mayo de 2004. Consta en "Comentario y evolución": *"Paciente ..sometido a diversos tratamientos farmacológicos y a una sesión de estimulación transcutánea convencional, habiendo experimentado una ligera mejoría. Sin embargo, persiste claudicación a la marcha a los 100 m."*, (folios 40-41)

F) Copias de la Evolución Clínica de la asistencia prestadas en Unidad de Dolor, iniciada el 3 de diciembre de 2003, a la que acude cuando el paciente tiene 74 años. Se documentan hasta 14 asistencias, que concluyen el 1 de febrero de 2006. Constan anotaciones sobre el estado del paciente, como *"duerme mejor y las molestias en piernas han disminuido"* (19/1/04); *"ha mejorado más de un 50%, aunque persiste hormigueo en dedos pies"* (27/2/04); *"sigue sin poder caminar más de 100 mts"* (5/5/04); *"está algo mejor"* (17/8/04); *"se queja de claudicación neurógena...propongo epidurales, dice que no está decidido..."* (19/10/04); *"está estabilizado"* (20/12/04); *"gran mejoría del dolor, camina bastante"* (31/1/05); *"empeoramiento. Dolor lumbosacro continuo. Intenso...Se van a Benidorm"* (13/4/05); *"misma situación. Dolor al caminar, mal descanso"* (6/6/05); *"se queja dolor hombro...y 3 dedo mano derecha en resorte. Intervenido dedo resorte mano izda. hace 1 año"* (5/9/05); *"persiste dolor lumbar"* (28/11/05); *"está más animado y con dolor controlado. Se queja de dolores intestinales inespecíficos y en brazos también"* (1/2/06).

G) Informe de Neurología, realizado por la Dra. O. B. M.

Sexto

La Instructora del procedimiento, el 18 de enero de 2007, remite copia de los partes de reclamación e informes complementarios derivado de la reclamación presentada por el Sr. P. a Z. España, Cía de Seg. y Reaseguros. No consta notificación.

Séptimo

La Instructora del procedimiento, el 23 de enero de 2006, remite el expediente de responsabilidad a la Subdirección General de Ordenación, Prestaciones y Autorización de Centros para que la Inspección médica elabore el informe que proceda, que lo emite con fecha de 6 de marzo de 2007. De la documentación obrante llega a las siguientes conclusiones:

"1ª.- Que D. R. P. S. fue remitido por el Especialista de Traumatología de la FHC al Servicio de Traumatología del Hospital San Millán de Logroño, como centro de referencia, para valoración de posible intervención quirúrgica, por presentar una estenosis de canal lumbar, siendo atendido por el Dr. G. F. con fecha 10/10/2003, quien, teniendo en cuenta que se trataba de una enfermedad crónica, sin signos urgentes de compromiso neurológico y valorando los riesgos de la cirugía, considero como primera opción la posibilidad de tratamiento sintomático en la Unidad de Dolor, valorándose la posibilidad de tratamiento quirúrgico en caso de que este no sea efectivo, opción que no pudo finalmente valorarse ya que el paciente no volvió a revisión.

2ª.- El paciente es atendido y tratado en la Unidad del Dolor periódicamente desde el 3/12/2003 hasta el 1/2/2006, fecha en la que acude por última vez, constando períodos de mejoría y otros de empeoramiento, no constando que el paciente solicitará revisión por el Especialista, de Traumatología por su patología de columna ni en la FHC, donde sí consultó por otras patologías traumatológicas, ni en el Hospital San Millán, no teniendo al parecer ningún problema para consultar con un Neurocirujano privado.

3ª.- Que el paciente no ha aportado ningún informe médico sobre la asistencia sanitaria prestada en la Clínica del Mar de Madrid.

En base a los hechos reflejados y a las conclusiones, esta Inspección médica considera que la asistencia sanitaria prestada tanto por la Unidad del Dolor como por el Especialista de Traumatología del Hospital San Millán ha sido totalmente correcta y adecuada a la lex artis, siendo el paciente el que, por su iniciativa propia, decide acudir a servicios médicos en vez de solicitar consulta con el Especialista del servicio público de salud"

Octavo

El 12 de enero de 2007, la Médico Inspector requiere a D. R. P. S. los informes médicos sobre la asistencia sanitaria prestada en la Clínica Virgen del Mar en Madrid, notificado el 16 de febrero. El requerimiento se cumplimenta el 13 de marzo de 2007, aportando el informe del Dr. C. H. A., Neurocirujano. En el mismo señala que:

"...Desde hace bastantes años, diagnosticado de listesis lumbar con canal estrecho. Tratado durante dos años en la Unidad del Dolor de Logroño. En el último año, ha evolucionado marcadamente con gran limitación de la marcha (casi imposible más de 50, otros). Los nuevos estudios radiológicos demostraban marcado canal estrecho y listesis L4-L5 de grado II. El 13/03/06, ha sido intervenido realizándole descompresiva lumbar, fijación transpedicular con instrumentación de titanio L4-L5-S1. En la última revisión del 04/05/06, la evolución está siendo satisfactoria y el control radiológico bueno...."

La Médico Inspector, mediante escrito de 14 de marzo, se ratifica en su informe de 6/3/06 al considerar que el informe médico no aporta datos nuevos que no se hayan tenido en cuenta.

Noveno

La Instructora del procedimiento remite copia del informe de la Inspección Médica a Z. España, Cía de Seg. y Reaseguros, el 8 de marzo de 2006.

Décimo

A petición de ASJUSA, se ha incorporado al expediente un informe de DICTAMED I & I SL, Asesoría Médica, suscrito, el 12 de junio de 2007, por los Drs. E. G. N. y J.M P. G., Especialistas en Neurocirugía; Profesor Asociado de Neurocirugía de la Universidad Autónoma de Madrid, el primero; y Neurocirujano del Hospital Universitario de La Princesa de Madrid, el segundo.

Señalan, tras el relato de hechos y las consideraciones médicas sobre la estenosis del canal lumbar, las siguientes conclusiones:

"1. Todas las actuaciones médicas, diagnósticas y terapéuticas fueron correctas en este caso.

2. El paciente inicialmente fue valorado por el Traumatólogo, que no indicó la intervención quirúrgica como primera actuación, remitiéndolo a la Unidad del Dolor para tratamiento conservador. Esta actuación nos parece correcta.

3. En el caso de no mejoría de los síntomas tras el tratamiento en la Unidad del Dolor, lo indicado era que el paciente fuera valorado nuevamente por su Traumatólogo, pues éste, en ningún momento, se ha negado a la intervención quirúrgica.

4. El paciente acudió al Servicio de Traumatología para estudio y tratamiento de otras patologías, sin que existan referencias a un empeoramiento de su sintomatología de estenosis de canal.

5. El paciente acudió voluntariamente a un centro privado sin informar a su Traumatólogo sobre la indicación realizada en dicho centro, ni las posibilidades de intervenir en el hospital público".

Décimo primero

El Jefe del Servicio, el 14 de junio de 2007, comunica al interesado el trámite de audiencia, que es notificado el 19 de junio. Al no poder personarse en las dependencias administrativas, se le remite copia del expediente el 27 de junio. El reclamante comparece y presenta sus alegaciones el 28 de junio de 2007. Señala, tras conocer el contenido de las actuaciones e informes obrantes en el procedimiento, que:

"...nadie me dijo ni me explicó cuando me enviaron a la Unidad de Dolor que iba a probar un tratamiento, y que, una vez probado debería volver a Traumatología para evaluar el resultado. Dr. F. sólo me dio un papel, no me dijo ni una sola palabra. Estaba afónico ese día y no dijo ni una sola palabra. Y si es que me enviaron a probar tratamiento, no entiendo cómo nadie me dijo que tenía que volver con los resultados. El no volver no ha sido por mi culpa sino por unos y otros doctores que no me enviaron. Nadie me dijo durante los tres años que estuve en la Unidad del Dolor, ante la poca mejoría que yo tenía, que volviera a Traumatología a valorar mi situación. Fui tratado como mucho cariño, pero nadie me envió, con los nulos resultados obtenidos, a Traumatología... Si no lo solicité, es porque, si estoy en esta Unidad, es aquí donde me tienen que indicar qué camino debo tomar, o informarme de qué puedo hacer...Pero nadie me dijo nada...Y acudí a consulta (del Dr. C. H.) sin esperar nada, sólo porque mi hermano insistía. Y allí es donde me di cuenta de que conmigo la Sanidad Pública no había intentado todo. Porque allí me dicen que la única solución a mis dolores y a no poder caminar era liberar mi columna, que era una operación quirúrgica, y, lo más fuerte para mí, el, decirme que era una operación 'habitual', que se suele hacer, que no es nada excepcional. ¿Pueden vds. ponerse en mi lugar? ¿Qué puedo pensar yo cuando me dicen que con una operación voy a poder caminar y no voy a tener dolores? ¿Es que en Logroño tras tanto médico y tantos años, no me lo podían haber dicho? Y ¿cómo es posible que me digan que me he ido porque he querido, que no he informado a mi Traumatólogo? Pero si es mi Traumatólogo el que no quiere saber nada de mi porque me envía a la Unidad del Dolor y no me dice que vuelva?(...).

Décimo segundo

El 9 de julio, la Médico Inspector remite nuevo informe valorando las alegaciones, ratificándose en el anterior emitido en marzo pasado.

Décimo tercero

El 31 de agosto de 2007, el Jefe del Servicio de Asesoramiento y Normativa elabora la Propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada, porque los daños padecidos por el reclamante no pueden ser imputados a la Administración sanitaria, al haber actuado de conformidad con la *lex artis* y porque no se cumplen los requisitos exigidos para que proceda el reintegro de gastos.

Décimo cuarto

El Secretario General Técnico, por escrito de 31 de agosto de 2007, solicita informe a los Servicios Jurídicos, que lo emiten en sentido favorable a la Propuesta de resolución, el 13 de septiembre de 2007. Tras el pormenorizado relato fáctico, recuerda los requisitos de la responsabilidad patrimonial y la singularidad de la responsabilidad por asistencia sanitaria para concluir que no existe nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público, al no existir criterios de imputación del daño, por no concurrir el requisito de la antijuridicidad del mismo, al haberse ajustado los profesionales médicos a la *lex artis*.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 24 de septiembre de 2007, registrado de entrada en este Consejo el día 1 de octubre de 2007, 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 1 de octubre de 2007, registrado de salida el día 2 de octubre de 2007, 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 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 €. Al ser la cuantía de la presente reclamación superior a 600 €, 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 el reconocimiento de la Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

De acuerdo con el marco jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, enunciado en el artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrollado 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, con el pertinente desarrollo reglamentario en materia procedimental, a través del R.D. 429/1993 de 26 de marzo, los requisitos necesarios para que se reconozca la responsabilidad patrimonial, tal y como este Consejo viene recogiendo en sus dictámenes (cfr. Dictamen 23/98, F.J.2), pueden sintetizarse así:

1º.- Existencia de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (lesión antijurídica). El daño ha de ser efectivo (no hipotético, potencial o de futuro, sino real), evaluable económicamente (bien se trate de daños materiales, personales o morales) e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

2º.- Que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público, sin intervención del propio perjudicado o de un tercero que pueda influir en el nexo causal.

3º.- Que el daño no se haya producido por fuerza mayor.

4º.- Que no haya prescrito el derecho a reclamar, cuyo plazo legal es de un año, computado 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 *directa* de la Administración (aunque el daño haya sido causado por personal dependiente de la Administración o sea atribuible genéricamente a los servicios administrativos), *objetiva* (aunque no haya mediado culpa individual o la actuación no haya sido "ilícita") y *general* (aplicable a cualesquiera de las actividades y servicios de la Administración).

Ahora bien, que el sistema de responsabilidad patrimonial sea objetivo no permite deducir, como oportunamente ha señalado la jurisprudencia, que la Administración tenga un deber general de indemnizar cualquier daño que pueda imputarse causalmente al funcionamiento de sus servicios. No es ocioso recordar que la protección constitucional de la salud y el derecho de asistencia sanitaria reconocido en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, desarrollada por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud, así como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, no son absolutos, pues, por ambiciosas y amplias que sean las prestaciones reconocidas, no podemos soslayar nuestra condición perecedera como seres vivos. Por esa razón, la acción de los poderes públicos en materia sanitaria es, sobre todo, una *prestación de medios* (correlato al derecho individual de cada paciente a la protección a la salud y a la atención sanitaria) y no de resultados.

Y es que en materia sanitaria, 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 –se ha actuado conforme a la *lex artis ad hoc*–, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder por los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada. Incluso el simple error de diagnóstico no es, propiamente y por sí solo, motivo suficiente para entender que el particular que lo padece

tiene derecho a obtener una indemnización, sino que para llegar a tal conclusión, ha de darse la concurrencia de dos circunstancias que la doctrina reiterada del Consejo de Estado viene exigiendo: que exista una negligencia o impericia probada en la aplicación de la *lex artis*, y que ésta sea, a su vez, generadora de un daño innecesario y evitable en sus consecuencias y resultado, y por lo tanto, antijurídico e indemnizable.

Tercero

La responsabilidad de la Administración en el presente caso.

En el presente caso, el reclamante afirma en su escrito que, tras ser correctamente diagnosticado de una estenosis de canal lumbar, en el año 2003, por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de la Fundación Hospital Calahorra, fue remitido, para tratamiento quirúrgico, al Servicio de Traumatología del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* y, de éste, a la Unidad del Dolor de dicho Complejo, para "*probar infiltración epidural*". La asistencia prestada durante más de dos años (desde enero de 2004 hasta febrero de 2006) no ha sido adecuada y eficaz (sólo se le ha ofrecido tratamiento para el dolor, pero no puede caminar ni 30 metros, por pérdida de sensibilidad en ambas piernas hasta la cadera, con caída al suelo), sin que se le haya remitido para nueva valoración a los Servicios de Traumatología o Neurocirugía. Ante esta situación, ha acudido a una clínica privada, que ha confirmado el diagnóstico originario, y ha sido tratado quirúrgicamente con resultado satisfactorio, razón por la que reclama 24.040 € en concepto de daños y perjuicios, que cabe atribuir al mal funcionamiento del servicio público.

Para la Propuesta de resolución el daño reclamado no puede ser imputado a la Administración sanitaria, al haber actuado los Facultativos que la atendieron de conformidad con la *lex artis* y porque no se cumplen los requisitos exigidos para que proceda el reintegro de gastos.

A la vista de la contrapuesta valoración, hemos de advertir que resulta patente que el presente procedimiento no constituye un supuesto de reintegro de gastos en sentido estricto, en cuyo caso el reembolso de gastos sólo es factible, de acuerdo con el art. 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de Prestaciones de asistencia sanitaria, cuando se trata de una urgencia vital ("*asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital*"), urgencia que no concurre en el presente caso.

Fuera de este caso excepcional de "urgencia vital", todas las incidencias que, antes de la reforma de 1995, entraban dentro del supuesto de "*denegación injustificada de asistencia sanitaria*" (la jurisprudencia había equiparado con este supuesto el "*error de diagnóstico*", STS, Sala 4ª, de 11 de junio de 1990, que incluye tanto aquellos casos en los que, por deficiencias estructurales o de organización, se producía demora excesiva en facilitar la asistencia, o casos de graves errores de diagnóstico), ahora sólo pueden instrumentarse como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración

sanitaria, cuando concurren los requisitos generales que hemos recogido en el Fundamento de Derecho anterior, que por obvias razones, se limitarán a supuestos de funcionamiento anormal del servicio sanitario (SS. AN de 12 de abril y 27 de septiembre de 2000, y de 18 de septiembre de 2002, Arz. 25164, y otras en ella citadas), tal como hemos sostenido en nuestro anterior Dictamen 28/03, doctrina reiterada en el 63/04.

Pues bien, la reclamación presentada constituye, a juicio de este Consejo Consultivo, un supuesto de responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio sanitario, al no haber facilitado al reclamante, después de más de dos años, el tratamiento adecuado y posible a su enfermedad, tratamiento que sí ha obtenido tras una intervención quirúrgica "habitual" practicada en una clínica privada, mediante la cual ha recuperado la movilidad y se han aliviado los dolores padecidos desde hace varios años.

Se le achaca al reclamante que, durante los más de dos años de tratamiento en la Unidad del Dolor no solicitase una nueva valoración por el Servicio de Traumatología, pese a que en ese tiempo fue atendido por dicho Servicio de otras dolencias (hombro y dedos), así como que una vez confirmado el diagnóstico en la clínica privada, no informara de ello al Traumatólogo del SERIS o se interviniera en el hospital público.

Lo cierto es que, de los hechos constatados en el procedimiento, resulta una descoordinación entre los Servicios de Traumatología y de la Unidad del Dolor que ha impedido en la práctica un tratamiento adecuado en tiempo de la estenosis de canal lumbar, una vez comprobada la ineficacia del tratamiento sintomático, tratamiento que era posible, como demuestra la mejoría alcanzada tras la intervención en la clínica privada (descompresiva lumbar, fijación transpedicular con instrumentación de titalio L4-L5-S1). Han sido los procedimientos y protocolos de seguimiento y control del paciente los que no han funcionado con normalidad, razón por la que el daño es imputable al servicio público sanitario.

Si puede considerarse una praxis médica adecuada la decisión de posponer la intervención quirúrgica de la estenosis inicialmente prevista (la intervención quirúrgica es solicitada desde la Fundación Hospital Calahorra, como consta en la Propuesta de canalización de pacientes a centros y servicios sanitarios de referencia y cuya conformidad parece que se había objetivado por el propio Dr. G. F., con anterioridad a la petición, folios 3 y 4), sustituyéndola por un tratamiento sintomático, menos agresivo, el propio Dr. G. F. indica en su informe que este tratamiento "siempre a evaluar en *controles posteriores a corto plazo*", además, resulta acreditado que el paciente no recibió indicación alguna de revisión (nada consta en la Hoja interconsultas solicitada por Traumatología, obrante al folio 6); y tampoco en la Unidad del Dolor, tras más de dos años de tratamiento, con mejorías y empeoramientos, se le indica expresamente, ante el alargamiento del mismo, que vuelva para nueva valoración al Servicio de Traumatología.

Es patente, en consecuencia, que las evaluaciones "*a corto plazo*", necesarias a juicio del Dr. G. F., no se han producido, por falta de indicación específica. Y ello es un

hecho constatado que ha repercutido negativamente en el tratamiento adecuado y posible del reclamante, con independencia de si esa revisión debió venir preestablecida por el Servicio de Traumatología o indicarla la Unidad del Dolor a la vista de la evolución del paciente. Estamos, por tanto, ante un típico supuesto de funcionamiento anormal del servicio, que justifica la existencia de la responsabilidad patrimonial objetiva administrativa, sin que sea necesario identificar actuaciones subjetivas no ajustadas a la *lex artis*, pues, en el presente caso, es el servicio, como organización, el que ha fallado por inadecuada coordinación.

Lo que no cabe, en este caso concreto, es atribuir al propio reclamante la carga de solicitar la citada revisión, pues el paciente se ha limitado a seguir el tratamiento prescrito; y la revisión "a corto plazo" debió haberse establecido de acuerdo con los protocolos referidos por el Médico Traumatólogo o, en su caso, por el Responsable de la Unidad del Dolor.

La mejoría del reclamante, tras la intervención quirúrgica adecuada a su enfermedad, es un hecho igualmente acreditado, como consta en la Historia clínica informatizada, además de las propias manifestaciones del interesado (folios 18 y 19).

En consecuencia, este Consejo Consultivo entiende que, en el presente caso, ha habido un funcionamiento anormal del servicio sanitario y procede imputarle el daño y perjuicio causado al interesado en concepto de gastos en la sanidad privada y por el daño moral producido. Sin embargo, la cantidad reclamada (24.040 €), no se ha justificado debidamente, al no haber presentado relación de los gastos desembolsados en la sanidad privada, por lo que no se puede proceder a su reembolso ya que dicha justificación es imprescindible para su pago efectivo. Por ello, y de acuerdo con criterios de justicia material, este Consejo Consultivo estima procedente tan sólo una indemnización por importe de 6.000 €, en concepto de daño moral.

CONCLUSIONES

Primera

Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los Servicios de Traumatología y de Unidad del Dolor del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*, del SERIS y el daño y perjuicio producido como consecuencia del ineficaz tratamiento de una estenosis de canal lumbar por lo que procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por D. R. P. S.

Segunda

El importe de la indemnización, toda vez que el reclamente no ha justificado los gastos desembolsados en la intervención quirúrgica realizada en una clínica privada, se estima que debe fijarse en la cantidad de 6.000,00 €, en concepto de daño moral.

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