

En Logroño, a 9 de marzo 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. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

22/10

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. R. Z. E., por daños, a su juicio, derivados de una incorrecta atención sanitaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D. R. Z. E. fue intervenido quirúrgicamente por hernia inguinal izquierda en junio de 2008. Le realizan un TAC abdominal y el Cirujano que lo solicita lo deriva al Urólogo al aparecer en dicha prueba una hidronefrosis de riñón izquierdo, con ectasia grado II y deficiencia del uréter. Lo ve el Urólogo el día 4 de julio y le solicita analítica, estando el paciente asintomático.

Segundo

El paciente acudió al Servicio de Urgencia del Hospital *San Pedro*, el día 16 de agosto de 2008, por un cuadro de dolor lumbar severo. Le realizan una ecografía abdominal, que objetiva, en riñón izquierdo, una ureterohidronefrosis, ectasia grado II, pelvis renal de diámetro aprox. 30 mm. con repercusión calicial; imagen anecógena, quística de de 46 mm. que parece desprender de corteza renal. Con buena evolución del dolor tras el tratamiento administrado, es dado de alta.

El 17 de agosto, vuelve de nuevo al Servicio de Urgencias por persistencia del dolor, que ha ido en aumento. Según consta en el informe del citado Servicio *"se comenta con el Urólogo de guardia, Dr. A. F., que aconseja remitirlo mañana, con el informe del*

Servicio de Urgencias a Consulta Externa de Urología, para que den cita" De nuevo se le da el alta por mejoría del dolor, tras recibir tratamiento.

A las pocas horas, el mismo día 17 de agosto, acude de nuevo al Servicio de Urgencias porque el dolor había aumentado, decidiéndose su ingreso en el Servicio de Urología. Se realiza una urografía que muestra dilatación de pelvis renal izquierda con sospecha de masa yuxtapiélica. Se realiza TAC abdominal que muestra quistes sinusales y otro quiste de mayor tamaño en seno renal que impronta la unión pieloureteral.

El 21 de agosto, se realiza una ureteroscopia izquierda y se coloca un catéter "doble J" izquierdo. Presenta fiebre en los primeros días, que se controla con tratamiento antibiótico, así como molestias en fosa lumbar izquierda, que mantiene parcialmente en el momento del alta, que se da el 26 de agosto.

El 27 de agosto de 2008, acude de nuevo al Servicio de Urgencias por persistencia del dolor y es ingresado de nuevo en Urología. Se realiza una ecografía que muestra la dilatación de vías urinarias grado II ya conocida y el catéter doble J que asciende hacia el grupo caical superior, atravesando la pelvis renal, y la imagen quística ya conocida. Comparada con la imagen ecográfica anterior, se aprecia que esa zona quística más inferior (bien pelvis renal anómala o dilatación de uréter de tipo globoso) muestra ahora material ecogénico, que se relaciona con material hemático que no aparece en las imágenes equivalentes de la ecografía anterior. Puede estar relacionado con hematuria debida a la presencia del catéter.

El día 28 de agosto de 2008, se realiza una punción lumbar, trascutánea y ecodirigida, del quiste. Sale líquido turbio. Se deja catéter. En revisión del Urólogo (Dr. A. F.) del día 29 de agosto, figura en la historia clínica: *"débito de 1.500 ce por el catéter en el quiste. Asintomático. Cuando deje de dar, iniciar lavados con 30 ce de betadine, disueltos en otros 30 ce de suero, dos veces al día, pinzando durante 30' y cambios posturales, así durante 3 días"*.

El día 30 de agosto se van a iniciar los lavados, que se suspenden por producir unos 200 ce por la nefrostomía. El paciente refiere dolor tipo cólico. Se pone analgesia. Se hacen hemograma y bioquímica urgentes, que dan normal.

El 31 de agosto, el Urólogo (Dr. D. P. R.) indica: *"se encuentra desanimado y confuso por la situación, cree que lleva demasiados días y que sigue igual...explico posible comunicación inicial con vía que ahora se ha cerrado...solicito opacificación por PPT para mañana"*.

El 1 de septiembre, se realiza punción del quiste, que es sugestiva de orina. Se efectúa pielografía.

El 3 de septiembre, se realiza retirada de 4 cm de catéter "doble J" Al parecer, el paciente continúa con dolor, malestar general, náuseas y vómitos. Presenta gastritis post antibioterapia.

El 8 de septiembre, según refleja el Urólogo Dr. P. R., presenta molestias debidas a gastroenteritis, desde el punto de vista renal está mejor, se plantea retirada hoy de PPT y, en unos días, según estado general, alta y valorar reingreso para pieloplastia (intervención quirúrgica que tiene como finalidad resolver la estenosis o estrechez pielo-ureteral), ya que en la UIV no ha mejorado la dilatación a pesar del "doble J" y las molestias lumbares no han desaparecido por completo. Se cursa hoja de consulta de anestesia.

El 9 de septiembre, es valorado por el Dr. C. G. (Especialista en Digestivo) que pide analíticas y pone dieta absoluta con sueroterapia y retirada de antibioterapia. El 10 de septiembre, el mismo Dr. C. indica que, en la analítica, destacan signos de infección en el sedimento de orina. Mantiene sueroterapia.

El día 13 de septiembre, se le realiza una urografía intravenosa que muestra: catéter "doble J" en vía excretora renal izquierda no pinzado, por lo que no es valorable el uréter. El "doble J" presenta el extremo proximal en pelvis renal, atravesando quiste renal inferior izquierdo de 5 cm, ya conocido. En la fase tardía de la prueba no se observa contraste en el interior de dicho quiste renal.

Ese mismo día, es dado de alta al estar asintomático y debiendo acudir a la Consulta externa de Urología.

Tercero

El 15 de septiembre de 2008 acude a la F. P. de Barcelona donde se le realiza ecografía, seguida de nefrostomía y pictografías anterógrada y retrógrada (Chevassu), que confirma el diagnóstico de estenosis ureteropieléica izquierda. En ese momento, el paciente no presentaba dolor lumbar y tenía buena diuresis y buena calidad de orina, según consta en el informe médico de F. P., donde se diagnostica: *"anomalía pieloureteral: quiste parapiélico, englobando pelvis/uréter inicial + brida ureteropieléica + estenosis de uréter inicial + palidez /fragilidad de pelvis/uréter"*.

El 5 de octubre de 2008, se le practica en la F. P. una *"ureterolisis laparoscópica (cupulectomía de quiste parapiélico "en manguito" que oculta pelvis/uréter proximal, con pobre vascularización, incisión, de brida ureteropieléica, dilatación uretero-pieléica con catéter balón dada la dificultad/falta de eficacia de uteteropieloplastia desmembrada, y colocación de catéter "doble J"*. Fue dado de alta el 10 de octubre de 2008.

Cuarto

Mediante escrito de fecha 16 de diciembre de 2008, que tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Salud el mismo día, D. R. Z. formula reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando una indemnización que se concreta en la suma de 16.841,37 euros, importe de las consultas, exploraciones e intervención quirúrgica en la F. P..

Séptimo

Seguido el expediente en todos sus trámites —entre los que son de destacar el informe de la Inspección médica y otro pericial—, con fecha 27 de enero de 2010 se formula por la Instructora la Propuesta de resolución, en el sentido de desestimar la reclamación.

La Dirección General de los Servicios Jurídicos se muestra conforme con la Propuesta de resolución en su informe, emitido el 4 de febrero de 2010.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 10 de febrero de 2010, registrado de entrada en este Consejo el 15 de febrero 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 16 de febrero de 2010, registrado de salida el 16 de febrero 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.

Es preceptiva la emisión del presente dictamen conforme a lo dispuesto en el artículo 11 G) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción del mismo por la Ley 5/2008 —aplicable en este caso por tener que atender, según la doctrina mantenida por este Consejo a raíz de la modificación operada por la Ley 4/2005, de 1 de junio, a la norma vigente al tiempo de concluir el trámite de audiencia—, por ser la cuantía de la reclamación superior a 6000 euros, en concordancia con la cual ha de ser interpretado el artículo 12 G) del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de este Consejo Consultivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Existencia de responsabilidad de la Administración

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

mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

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

Pues bien, en este caso es notoria la existencia de una relación causal entre la intervención a la que se sometió al paciente en junio de 2008, por hernia inguinal, y los dolores y complicaciones sucesivas sufridas posteriormente por el paciente, por las que reclama ser indemnizado.

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

La Propuesta de resolución, de acuerdo en ello con los dictámenes médicos obrantes en el expediente (el de la Inspección y el elaborado a instancias de la Compañía aseguradora), reputa conforme a dicha *lex artis ad hoc* la actuación de los Facultativos del Servicio Riojano de Salud en este caso; y, a partir de ahí, considera que el daño producido constituía un riesgo inherente al proceso médico a que fue sometido el paciente, y del que éste fue, adecuada y suficientemente, informado, prestando su consentimiento, lo que excluye la responsabilidad de la Administración. El informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos se muestra conforme con este criterio, que también aplica.

La argumentación es completamente correcta, pero este Consejo Consultivo no puede en este caso sino estar de acuerdo sólo parcialmente con la conclusión. Hay que tener en cuenta, en efecto, que, aunque deba admitirse que la actuación de los Facultativos

del Servicio Riojano de Salud fue en este caso conforme con la *lex artis ad hoc*, por la sencilla razón de que así lo estiman todos los informes médicos obrantes en el expediente (todos ellos de la parte administrativa, ya que el perjudicado no pudo presentar otro informe médico por la cuantía que había de abonar para obtenerlo), no lo es menos que, más allá de la actuación de los Facultativos, lo cierto es que en el expediente está constatado el padecimiento sufrido por el paciente en los meses de agosto y septiembre y el reiterado no sometimiento del mismo a la intervención quirúrgica que precisaba para superarlo, lo que hace completamente explicable y justificado que D. R. Z. terminara acudiendo a la sanidad privada donde, al parecer —según los informes— el mismo diagnóstico realizado en la sanidad pública no impidió que se dejara transcurrir tan sólo un plazo de escasos 20 días entre la primera consulta y la intervención quirúrgica que resultaba necesaria para que el paciente superara su dolencia, cuya necesidad y concreción en fecha no fue precisada por los Facultativos del Servicio Riojano de Salud.

En conclusión, pues, por el dolor y daño moral sufrido por el paciente a consecuencia de la falta de concreción y retardo de la intervención quirúrgica que finalmente se demostró necesaria, debe responder la Administración sanitaria, ya que está ligada al funcionamiento normal o anormal de este Servicio Público, y ello incluso aunque los informes médicos obrantes en el expediente consideren que no hubo un diagnóstico incorrecto ni vulneración de la *lex artis*, pues lo que sí ha quedado demostrado es que los males del perjudicado tenían una solución accesible y razonable en el tiempo —la proporcionada a su instancia por la sanidad privada— que no le fue ofrecida en concreto por la sanidad pública con la adecuada y completa información sobre su contenido y un plazo específico para afrontarla que permitiera resolver, en forma y tiempo razonable, los dolores que reiteradamente padecía. Existe, pues, a juicio de este Consejo Consultivo, un daño moral indemnizable y objetivamente imputable al funcionamiento del Servicio Riojano de Salud como sistema, más allá de la actuación, acaso correcta, de los Facultativos que de hecho atendieron a D. R. Z. E.; daño que éste no tiene obligación de soportar en tanto en cuanto se produjo por una dilación no justificada para afrontar la intervención necesaria para eliminar sus dolores, acaso ofrecida, pero desde luego no objetivamente concretada en forma y plazo razonable que, permita entender no justificado su recurso a la sanidad privada.

Tercero

Valoración del daño y cuantía de la indemnización

La reclamación del interesado cuantifica su pretensión indemnizatoria en la suma que hubo de abonar por su atención médica a la F. P. de Barcelona.

Como es sabido, si se tratara simplemente de una pretensión de reintegro de gastos, la procedencia de la misma habría de discernirse, en principio, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, que no es una norma de

responsabilidad patrimonial, sino un precepto que forma parte del régimen jurídico de la Seguridad Social, por lo que, en caso de disconformidad con lo que al respecto decida la Administración, habría de reiterarse la pretensión ante los Tribunales del orden jurisdiccional social. Según dicho precepto, *“la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”*.

Desde luego es claro que en este caso no se dan las circunstancias de “urgencia vital” a que se refiere el precepto transcrito. Pero, a la vez, es preciso recordar que la limitación que, respecto a la normativa anterior, introdujo en nuestro ordenamiento el Real Decreto 63/1995, cuya redacción reproduce el hoy vigente y ya citado Real Decreto 1030/2006, consistente en reconocer únicamente el derecho al reembolso en los casos de *“asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”*, guardando silencio sobre el otro supuesto antes previsto de *“denegación de asistencia”*, ha provocado que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo hayan admitido reiteradamente pretensiones de reintegro de gastos causados en la sanidad privada por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, precisamente en casos de denegación de asistencia o error de diagnóstico. Y es que, efectivamente, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene alcance general y no resulta excluido, derogado ni desplazado por la regulación, mucho más específica y de diferente naturaleza —se inserta en el sistema de la Seguridad Social—, de las pretensiones de reintegro de los gastos causados por la intervención de la Sanidad privada: contemplado desde la óptica del primero, tales gastos son un daño real y efectivo, y su indemnizabilidad depende de que efectivamente tal daño sea imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que exige el incumplimiento por parte de la Administración del deber genérico de protección de la salud y del derecho a la asistencia sanitaria de cada paciente, que es lo que se condensa en esos dos supuestos de *“denegación de asistencia”* y *“error de diagnóstico”*. En este sentido, la exclusión de estas hipótesis del régimen de la Seguridad Social y su inclusión por vía jurisprudencial en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de los servicios públicos sanitarios es perfectamente coherente con la naturaleza de uno y otro.

Pues bien, en este caso, no cabe admitir que concurra ninguno de los supuestos que podrían dar lugar, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al reintegro de los gastos satisfechos a la F. P., puesto que, atendiendo a los informes médicos obrantes en el expediente, ni había una situación de *“urgencia vital”*, ni tampoco de *“denegación de asistencia”* o *“error de diagnóstico”*.

Pero, como ya hemos dicho, el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulado por D. R., se limita a concretar en la cifra pagada a la Fundación citada la cantidad que reclama por daños objetivamente morales, y como tal ha de ser considerada, no como una petición de reintegro de gastos. Y, en este sentido, a juicio de este Consejo Consultivo, el daño moral padecido no puede valorarse en la cifra abonada a la F., sino, teniendo en cuenta la real entidad y duración de tal daño moral, esto es, de la preocupación y dolores padecidos a resultas del funcionamiento del Servicio público sanitario, en una cantidad inferior, en todo caso no superior a 8.000 euros, especialmente teniendo en cuenta el ahorro objetivo (aunque no enriquecimiento injusto) que para la Sanidad pública ha tenido la asistencia sanitaria prestada al paciente en el sector privado como forma de valorar el daño moral que se trata de indemnizar.

CONCLUSIONES

Primera

La pretensión de indemnización ejercitada por el reclamante debe ser estimada, puesto que existen daños morales imputables al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, concurriendo los demás requisitos exigidos por la ley para que nazca la obligación de indemnizarlos a cargo de la Administración.

Segunda

La cuantía de la indemnización debe fijarse, conforme a lo argumentado en el último de los Fundamentos Jurídicos de este Dictamen, en la cantidad de 8.000 euros, cuyo pago ha de hacerse en dinero, con cargo a la partida que corresponda de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Este es nuestro Dictamen que, por unanimidad, pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha expresados 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