En Logroño, a 11 de diciembre de 2017, 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. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro María Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

75/17

Correspondiente a la consulta formulada por la Excma. Sra. Consejera de Salud, en relación con la *Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D. F.J.B.M. y su esposa Dª M.P.P, por los daños y perjuicios que entienden causados por el SERIS al haber tenido que satisfacer los gastos derivados del tratamiento realizado en la sanidad privada de una epilepsia fármaco-resistente que afecta al primero de los reclamantes; y que valoran en 108.041,05 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

1. Mediante escrito de fecha 28 de septiembre de 2016, que tuvo entrada en el Registro de la Consejería en la misma fecha, la Procuradora Dª M.R.P.P, en representación, que no acredita, de D. F.J.B.M. y Dª M.P.P, plantea una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, en la que, muy resumidamente, expone:

-D. F.J.B.M., desde, aproximadamente, los 9 años de edad, comenzó a presentar episodios de elevación de la mirada, detención del lenguaje, encajamiento de la mandíbula y contractura facial, en ocasiones acompañado de cambio en el patrón respiratorio y elevación de brazos. A partir de iniciar el tratamiento con carbamacepina, las crisis se controlaron completamente. Entre los 16 y los 25 años, presentó alguna crisis esporádica que siempre estuvo relacionada con intento de reducir la dosis de carbamacepina o falta de sueño. Así resulta del apartado *historia clínica* del informe neurológico, de fecha 31 de octubre de 2011, suscrito por el Dr. D. R.T, de la Clínica *R*, en el cual concluye con el diagnóstico de:

"Epilepsia frontal nocturna, refractaria, de origen criptogénico. La epilepsia de este paciente es grave, con crisis nocturnas frecuentes, que limitan las actividades de la vida diaria y que se asocian a un mayor riesgo de accidentes… un estudio de sueño realizado muestra un SAOS de grado moderado. En este sentido, es conveniente valorar tratamiento específico (p. ejemplo CPAP)".

-En nuevo informe, de 12 de marzo de 2012, el mismo Dr. T. añade que:

"Dada la gravedad de su epilepsia, es necesario valorar cirugía de epilepsia. Para ello, es necesario realizar evaluación prequirúrgica (estudio VEEG, RM cerebral de Teslas, PET y estudio neurosicológico). En función de resultados, en un primer paso, para localizar la zona epileptógena, se realizaría monitorización E-EEG (registro de las crisis con electrodos profundos)".

-El diagnóstico es reiterado por el Dr. T., el 8 de noviembre de 2012, y, el 30 de julio de 2013. En el informe emitido en esta última fecha, se hace constar que:

"Dada la gravedad de la epilepsia en este paciente y a la luz de los datos focales identificados en el estudio de neuroimagen, se ha recomendado continuar la evaluación prequirúrgica con estudio con electrodos profundos (Estereo-electroencefalografía)".

-En informe de fecha 4 de octubre de 2013, el Dr. T. constata el incremento que sufre el paciente de sus crisis epilépticas.

-Los anteriores diagnósticos y recomendaciones son reiterados en sucesivos informes, de 11 de febrero y 13 de noviembre de 2014 y de 26 de febrero de 2015.

-El Servicio Riojano de Salud (SERIS) tuvo conocimiento puntual y detallado de los informes emitidos por el Servicio de Neurología de la Clínica *R.* de Madrid, según resulta de la historia clínica del paciente.

-En informe de 30 de octubre de 2013, emitido por la Dra. Mª A.L.P, del Servicio de Neurología del Hospital *San Pedro*, tras diagnosticar al paciente de *"epilepsia frontal, refractaria, farmacoresistente"*, indica que:

"Dada la alta probabilidad de tener un foco localizado y, con cirugía, poder controlar la epilepsia, se solicita la realización de estudio prequirúrgico con electrodos profundos (Estereo-electroencefalografía) ***en la Clínica* R. *de Madrid****".*

-Consta que llegó a rellenar hoja de traslado de expediente a la Clínica R. de Madrid, que nunca llegó a ser cumplimentado por el Servicio Riojano de Salud (SERIS).

-El expediente, en cambio, fue trasladado al Hospital de *Cruces* del Servicio Vasco de Salud (*Osakidetza*), por ser el de referencia; de cuyo Servicio de Neurología, se destacan dos informes:

1º El de fecha 26 de junio de 2013, de la Dra. M.A, cuyo juicio diagnóstico es *"epilepsia frontal nocturna, criptogénica, farmacoresistente"*; propone continuar con el tratamiento médico sin cambios.

2º El emitido por la Dra. A.S, en fecha 17 de marzo de 2014, que, tras llevarse a cabo las pruebas de polisomnografía nocturna y PET cerebral, concluye que:

> *"Tras la evaluación en la Unidad de Epilepsia, se decidió, en sesión multidisciplinar, que* ***no era buen candidato a cirugía de epilepsia****. El paciente presenta mala calidad de vida e insiste en la posibilidad quirúrgica. Comentado el caso con los Epileptólogos del Centro de referencia de Cirugía de Epilepsia de Freiburg (Alemania), concluyen que no existen datos suficientes para una cirugía directa: el registro EEG no muestra datos evidentes, la semiología de las crisis puede orientar, tanto a un origen frontal, como del cortex insular; no hay datos claros de lesión en la RM y la zona de hipometabolismo frontal, a lo que se refieren en otro Centro (*R.*), consideran que es muy dudosa. La posibilidad de revisar una monitorización invasiva con estéreoEEG, en un intento de localizar la zona epileptogena, pasaría por revisar todas estas pruebas, incluso, probablemente, repetir algunas. Con los datos actuales, una esteroEEG precisaría una cobertura muy amplia, e incluso bilateral, con muy pocas probabilidades de éxito. Por todo esto, creemos que este paciente precisaría una evaluación en un Centro de Cirugía de Epilepsia con amplia experiencia en monitorización invasiva. Recomendamos los Centros de Epilepsia de Freiburg...Lyon...o Milán".*

-El paciente es citado, por el Hospital Universitario *P.* de Madrid, en junio de 2014, donde se realizaron tres citas:

1ª. En la primera cita, el día 24, la Dra. T.D, pese a proporcionarle el paciente todas las pruebas e informes de la Clínica R. y del Hospital *Cruces*, sin mirarlos siquiera, solicita nuevas pruebas, ya realizadas anteriormente.

2ª. En una segunda cita, el 11 de noviembre de 2014, la Dra. T.D. solicita realizar una nueva prueba de estudio video EEG, prueba ya realizada anteriormente en el Hospital de *Cruces*. La lista de espera, sólo para la realización de esta prueba, era de, al menos, 16 meses.

3ª. En la tercera cita, el 17 de marzo de 2015, el Neurólogo Dr. L.D.S, explicó al paciente que, en el Hospital *Princesa*, se colocan unos electrodos ovales que se introducen por las mejillas, proponiéndole nueva cita. Con esta prueba, jamás se hubiera localizado la zona del cerebro lesionada, ya que dichos

electrodos están indicados para epilepsias focalizadas en los lóbulos temporales, no en el lóbulo central frontal.

-Entre tanto, el reclamante seguía siendo controlado por la Clínica R. En informe emitido, el 27 de junio de 2016, por el Dr. G.N.R, del Servicio de Neurología, se recogía el resultado de la prueba practicada, en marzo de 2015 (monitorización video-EGG con electrodos de superficie), según el cual:

> *"El EEG ictal mostró una onda aguda frontal bilateral que se continuaba por atenuación de la actividad de fondo, quedando, posteriormente, enmascarada por artefacto muscular, hallazgos típicos de una epilepsia frontal medial. Además, observamos que el electrocardiograma, en la fase final de la crisis, mostraba una bradicardia, y, en una de las crisis quedó en postura decúbito prono, signos que se han relacionado con epilepsia grave y un riesgo mayor de fallecer durante una crisis (muerte súbita en epilepsia, conocida por el acrónimo en inglés SUDEP). Además de este riesgo, concluimos que la elevada frecuencia de crisis (12 a 15 todas las noches) y su gravedad podría llevar a sufrir un deterioro cognitivo".*

-Tras recibir esta información, el reclamante decidió no esperar, más pese a sus reiterados intentos de recibir el tratamiento efectivo y adecuado a través del Sistema público de salud.

-El 4 de mayo de 2015, se procedió al estudio estéreo-electroencefalográfico mediante la instalación de electrodos profundos y, una vez focalizada el origen de las crisis epilépticas, fue intervenido, el 21 de septiembre de 2015; y, desde entonces, no ha presentado crisis epilépticas, según se hace constar en el informe antes citado de 27 de junio de 2016, que añade:

> *"Como era de esperar, presentó dificultades motoras y en lenguaje, de las que se ha recuperado el 80-90%, tal como se informó al paciente antes de su intervención. El análisis anatomo-patológico de la resección mostró que presentaba una displasia focal de Taylor (Tipo IIB), un hallazgo frecuente en epilepsia focal refractaria al tratamiento y con buena respuesta a cirugía. En la revisión de hoy (27/6/2016), me informa el paciente y su esposa que sigue sin crisis desde su cirugía, continua mejorando su déficit neurológico, siendo dado de alta de logopedia y rehabilitación. Su exploración general y neurológica son normales. Se ha reducido la dosis de medicación sin problemas".*

-El paciente es dado de alta laboral, por mejoría, que permite trabajar, el 30 de junio de 2016.

2. Tras exponer los Fundamentos de Derecho que considera aplicables, interesa una indemnización total de 108.041,05 euros, que incluye los gastos ocasionados al acudir a la sanidad o medicina privada, los de préstamo y de seguro, y los correspondientes a los días de baja no impeditivos, por el plazo transcurrido desde que se aconsejó la prueba de electrodos profundos hasta que se llevó a cabo y que estima en 1.148 días.

Acompaña a su escrito una abundante documentación médica, las facturas, los presupuestos, las declaraciones de IRPF y la documentación relativa al préstamo solicitado.

Segundo

Por escrito de 29 de septiembre de 2016, se requiere a la Procuradora para que, en el plazo de 10 días, proceda a acreditar la representación de los reclamantes. El requerimiento es atendido el siguiente día 7 de octubre, en el que éstos otorgan la representación, por comparecencia, en la Secretaría General Técnica.

Tercero

Mediante Resolución de 10 de octubre de 2016, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del anterior día 7, y se nombra Instructora del procedimiento.

Cuarto

Por carta de 13 de octubre de 2016, se comunica, a la Procuradora, la iniciación del expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC´92).

Y, mediante comunicación del mismo día, la Instructora se dirige, a la Dirección del Área de Salud de La Rioja-Hospital *San Pedro*, solicitando que se le remitan cuantos antecedentes existan y aquellos datos e informes que se estimen de interés, relacionados con la asistencia sanitaria prestada, en el Servicio de Neurología, al paciente, copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada exclusivamente y, en particular, el informe de los Facultativos intervinientes acerca de la asistencia prestada. La solicitud es reiterada el 10 de febrero de 2017.

Seguidamente, obra escrito de la Aseguradora del SERIS, W.R.B.E, de 14 de diciembre de 2016, acusando recibo de la comunicación de la reclamación planteada.

Quinto

Mediante escrito de 8 de marzo de 2017, la Dirección del Área de Salud remite, al Servicio de Asesoramiento y Normativa la historia clínica, así como los informes aportados por los Dres. Dª Mª A.L.P, D. J.R.M.B. y Dª N.M.E.

Sexto

Obra, seguidamente, en el expediente, un informe médico-pericial de la Consultora médica *P*, emitido a instancia de la Aseguradora del SERIS, que establece las siguientes conclusiones médico-periciales:

> *"1. El paciente sufría una epilepsia farmacorresistente y, por tanto, estaba indicado el plantear una posible intervención quirúrgica.*
>
> *2. El paciente fue correctamente derivado, desde La Rioja, a una Unidad de Epilepsia en Bilbao.*
>
> *3. Cuando se plantea la necesidad de implantación de electrodos profundos, fue derivado a uno de los CSUR acreditados en ese momento, donde se realiza el estudio necesario habitual.*
>
> *4. El paciente fue incluido en lista de espera quirúrgica del Servicio Nacional de Salud (SNS), en noviembre de 2014.*
>
> *5. El paciente decidió acudir, de manera unilateral, a la sanidad privada, a pesar de que su patología podía haber sido tratada en el Sistema Nacional de Salud (SNS).*
>
> *La praxis en relación al manejo del paciente en el Servicio Nacional de Salud (SNS) se considera acorde a la* lex artis ad hoc*, sin objetivarse falta de medios".*

Séptimo

El 26 de mayo de 2017, se emite el preceptivo informe de la Inspección médica del SERIS, en cuya discusión científico-técnica se contestan, una por una, las alegaciones del escrito de reclamación, en los términos que resumimos a continuación:

-Por lo que se refiere a la afirmación de que, *"desde el día 12 de marzo de 2012, la Clínica R, en la persona del Dr. T, ya estaba informando de una epilepsia grave, en la que era aconsejable llevar a cabo las pruebas diagnósticas necesarias para determinar la zona del cerebro donde se focalizaba el origen de la epilepsia,…para poder afrontar una intervención quirúrgica con garantías"*, se informa que, pese a constar que el (paciente) padece los primeros episodios alrededor de 1979, no recibe por este proceso ninguna asistencia en el Servicio de Neurología del Hospital *San Pedro* hasta el 10 de abril de 2012, en que acude a consulta con el único propósito de que se gestione el traslado al Centro clínico que lo está tratando. De ello, se deduce que el paciente decidió, por propia voluntad, iniciar y seguir tratamiento en la medicina privada. No se entra –añade- en la valoración de las recomendaciones del Dr. T. de la Clínica R, pero es entendible que no supongan, para otro Especialista de la misma especialidad, más que eso, una valoración, y no una obligación, como parece desprenderse del escrito de reclamación.

-En cuanto al argumento de que el reclamante no tiene por qué sufrir las consecuencias de que el SERIS no cuente con los medios técnicos ni materiales para el tratamiento y curación de una patología epiléptica como la padecida por él o de que el Hospital de *Cruces* considerara improcedente llevar a cabo la prueba del estudio estéreo-encefalográfico mediante electrodos profundos ni la intervención quirúrgica, por estimar que las posibilidades de éxito eran escasas, el informe opone la normativa que, en desarrollo de la Ley de Sanidad, establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud (SNS) y las bases del procedimiento para la designación y acreditación de los Centros, Servicios y Unidades de referencia del referido SNS. Como es lógico suponer desde una perspectiva eficaz y eficiente, cada Servicio autonómico de Salud no puede atender con sus propios medios todos los casos y situaciones clínicas que requieran asistencia. Por eso, la normativa contempla la existencia de Centros de referencia para más de una Comunidad Autónoma, con el objetivo de que, al tratarse de Servicios y Unidades de alta especialidad, la atención se produzca en las mejores condiciones posibles. Ello, no sólo es debido a una cuestión económica, sino que la calidad clínica puede mejorar notablemente al concentrar y tratar mayor número de patologías que exigen recursos humanos y tecnológicos muy sofisticados.

-Se justifica asimismo, en este preceptivo informe, la actuación profesional de la Unidad de Epilepsia del Hospital de *Cruces* de Bilbao, en cuanto su diagnóstico es coincidente con el de la Clínica R; y la decisión de que el paciente no es buen candidato a la cirugía se toma en sesión multidisciplinar y se comenta el caso con otros Centros europeos de reconocido prestigio en este tipo de patologías. En efecto, en el informe se dice:

> *"Se comenta el caso con los Epileptólogos del Centro de referencia de Cirugía de Epilepsia de Freiburg (Alemania), que concluyen que no existen datos suficientes para una cirugía directa… Por todo lo anterior, creen que lo más adecuado sería la evaluación en un Centro de Cirugía de Epilepsia con amplia experiencia en monitorización invasiva. Recomienda los Centros de Epilepsia de Freiburg, en Alemania, o Lyon, en Francia, o de Milán, en Italia".*

-Respecto al hecho de que la Dra. L.P. reflejara, en informe médico, la necesidad de solicitar el traslado del expediente a la Clínica R, para la realización de la prueba con electrodos profundos, se argumenta que la hoja de petición de traslado no es más que una petición razonada de asistencia, cuya aprobación compete a los órganos o departamentos que normativamente tienen esa competencia. De ahí que, el mismo día, se comunicara, a la Dra. solicitante, la imposibilidad de tramitar dicho traslado a un Centro privado y que debería ser a un Centro, público o concertado, de referencia.

-Por último, se rechaza que la atención prestada en el Hospital *La Princesa*, de Madrid, considerado con Centro de referencia del SNS para epilepsias refractarias,

no fuera la correcta, afirmando que el Servicio de Neurocirugía de dicho Centro aplica el protocolo de epilepsia establecido en el mismo, sin que, en ningún momento, se comente urgencia alguna ni grave peligro para la vida e integridad física del paciente.

-Concluye el informe en que el reclamante ha sido correctamente atendido por parte de los distintos Centros hospitalarios del Servicio público de salud; que nunca ha habido discrepancia alguna en el diagnóstico; y que, en cuanto a la solución quirúrgica, no la descartan, pero creen que no es la opción primera más adecuada y que debe seguirse estudiando la evolución para tomar una decisión al respecto.

Octavo

Mediante escrito de fecha 26 de mayo, la Instructora da trámite de audiencia a la Procuradora de los reclamantes, quien, el siguiente día 6 de junio, comparece, en el Servicio de Asesoramiento y Normativa, proporcionándosele copia de los documentos obrantes en el procedimiento.

Solicitada ampliación de plazo para formular alegaciones, se le concede, por diligencia del siguiente día 20 de junio.

La Procuradora presenta, el día 3 de julio, un extenso escrito de alegaciones, complementado por otro, aún más extenso, del siguiente día 10, en los que intenta refutar todos los argumentos contrarios a su petición, en la que termina insistiendo.

Noveno

Con fecha 12 de julio de 2017, la Instructora del expediente emite la Propuesta de resolución, en el sentido de que se desestime la reclamación, por no ser imputable el perjuicio alegado al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios.

Dicha Propuesta de resolución es informada favorablemente, el 5 de octubre de 2017, por el correspondiente Letrado de los Servicios Jurídicos.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 12 de octubre de 2017, registrado de entrada en este Consejo el día inmediato siguiente, la Excma. Sra. Consejera 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 firmado enviado y registrado de salida electrónicamente el día 16 de octubre de 2017, 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 a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asumida la ponencia por Consejero señalado en el encabezamiento, la misma fue debatida y quedó sobre la mesa en las sesiones celebradas por este Consejo los días 25 y 30 de octubre, 10 y 14 de noviembre y 1 de diciembre de 2017, e incluida, nuevamente, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha señalada en el precitado encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

El art. 12 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo [a día de hoy, sin vigencia, en virtud de lo preceptuado en la Disposición derogatoria única, 2.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), pero aplicable al presente procedimiento, a tenor de los establecido en la Disposición Transitoria Tercera, a) de la indicada Ley] prescribe 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 (CAR), 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 Ley 7/2011, de 22 de diciembre, remite a la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, legislación estatal, para la determinación del carácter

preceptivo de los dictámenes. Por aplicación de dicha normativa, el dictamen será preceptivo cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros, a partir de la entrada en vigor de la citada ley 7/2011. Por tanto, y reclamándose una cuantía de 108.041,05 euros, nuestro dictamen resulta ser 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 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 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - LPAC'92 -, la cual resulta aplicable al presente caso [Disposición derogatoria única, 2. a), en relación con la Disposición transitoria tercera, a), de la Ley 39/2015 (LPAC'15), sirviendo lo señalado anteriormente, y por los mismos motivos, respecto a la vigencia del Real Decreto 429/1993].

Segundo

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

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPAC´92) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso, para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de "seguro a todo riesgo" para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier

eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas.

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

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

Tercero

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso

1. La Propuesta de resolución, tras afirmar rotundamente que se incumplen los requisitos necesarios para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en consecuencia, el deber de indemnizar, argumentando la falta de relación causal entre la actuación de los Servicios públicos sanitarios y el daño reclamado, así como la falta de antijuridicidad de éste por ser aquélla acorde a la *lex artis ad hoc*, teniendo en cuenta que también se reclaman los gastos ocasionados por la intervención quirúrgica practicada en un Centro privado, entiende que se estaría ante una acción de reintegro de gastos médicos cuya estimación tampoco procedería, por no cumplir los requisitos exigidos para la prosperabilidad de la misma.

2. Aunque sea brevemente, hemos de referirnos a la evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial en cuanto al reintegro de los gastos derivados de la asistencia por la medicina privada que, en principio, no procede, salvo en determinados supuestos excepcionales, que han sido concretados reglamentariamente. En efecto, el reintegro de

gastos médicos por servicios prestados fuera del Sistema Nacional de Salud (SNS) es excepcional, puesto que la Seguridad Social no reconoce el derecho de los beneficiarios a optar entre el sistema público o el privado, no existe una opción del enfermo o de sus familiares entre la medicina pública y la privada.

A) En el primer desarrollo reglamentario de la previsión normativa establecida en la legislación de Seguridad Social (Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre), se fijaban dos supuestos de reintegro de gastos médicos: i) cuando la utilización de los servicios médicos privados se hubiera producido como consecuencia de una necesidad de asistencia urgente de carácter vital; y ii) cuando el recurso a los servicios ajenos estuviera motivado por la denegación injustificada de la prestación de asistencia sanitaria debida.

La interpretación judicial del segundo de los supuestos previstos en esta normativa, la denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida, afirmaba su concurrencia: i) cuando al paciente se le denegaba expresamente la asistencia sanitaria solicitada; y ii) cuando se acudía a la asistencia privada a causa de un funcionamiento incorrecto de los servicios sanitarios por deficiencias estructurales y de organización hospitalaria, demora excesiva o errores de diagnóstico o de tratamiento.

B) Con posterioridad, el art. 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, y el art. 4.3 del Real Decreto 1.030/2006, que lo sustituyó, viene a establecer que, *"en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsará 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 y abusiva de esta excepción".*

Es evidente que, en la nueva normativa, ha desaparecido el segundo de los supuestos antes referido; y ello motivó, de inmediato, un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la subsistencia o no del reintegro de gastos médicos privados por denegación injustificada de la asistencia debida, apreciándose, fundamentalmente, tres corrientes interpretativas: i) la que sostiene la desaparición de la denegación de asistencia como supuesto de reembolso; ii) la que reconoce el mantenimiento de esta causa, bien como un supuesto autónomo o bien como un supuesto conectado con la urgencia vital; y iii) la que considera este supuesto de denegación injustificada de asistencia, entendido en el sentido amplio antes indicado, como un caso de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Esta última interpretación es, a nuestro entender, la que prevalece y, en el caso de que se solicite el reembolso de los gastos sanitarios privados con fundamento en una denegación injustificada de la prestación de asistencia sanitaria debida, se trata de un supuesto de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, cuyo régimen jurídico se encuentra, vigente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC´92), en

sus artículos 139 a 144 y, en la actualidad, en los arts. 32 y ss. de la Ley 30/2005, de 1 de octubre, del Régimen jurídico del Sector público (LSP´15).

C) Antes de continuar esta línea argumental, hagamos un inciso: tratándose del supuesto que continua previendo la normativa de la Seguridad Social para el reembolso de gastos de la medicina privada (asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital), el Tribunal Supremo (TS) tiende a una interpretación no restrictiva de la expresión *urgencia vital*, de modo que no debe limitarse a cuando se halle en peligro la propia existencia, sino también cuando esa premura influya en algún daño irreparable a la integridad física.

Así, partiendo de la definición que da el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), en el que se encuentran dos acepciones del término *vital*: i) uno, "perteneciente o relativo a la vida"; y ii) otro, "de suma importancia o transcendencia", la Sentencia, de la Sala de lo Social, del T.S, de 20 de octubre de 2003, señala que, si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los riesgos de pérdida de la vida, así lo hubiera expresado en términos tales como *peligro inminente de muerte*, pero no lo hizo así y acudió a una expresión más amplia, *urgencia vital*, que hemos de interpretar conforme a la segunda de las acepciones del término, referida a la "suma importancia o transcendencia".

Y, avanzando en la interpretación extensiva del precepto, la Sentencia, del mismo Alto Tribunal, de 17 de julio de 2007, afirma que el reembolso de los costes de una asistencia sanitaria prestada en situaciones de riesgo para la vida o la integridad física, también se extiende a una asistencia para mejorar la calidad de vida y aminorar el dolor y el sufrimiento intolerables.

D) Volviendo al otro supuesto (denegación injustificada de la prestación de asistencia sanitaria debida), en él se englobarían todos los casos de error de diagnóstico, diagnóstico incompleto o diagnóstico tardío, inclusión en lista de espera de la que se deduzca que la atención no se va a producir hasta que transcurra un dilatado periodo de tiempo, error o demora en el tratamiento prescrito y otros supuestos similares.

3. A la luz de las anteriores consideraciones, entendemos que el caso que ahora dictaminamos es subsumible, evidentemente, en dicho supuesto de denegación de asistencia, entendido en el sentido amplio referido. Y resulta también meridianamente claro que el asunto que nos ocupa se trata de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público, el sanitario; pero no del ejercicio de una acción de reintegro de gastos médicos producidos en la sanidad privada, aun cuando parte del daño, cuyo resarcimiento se interesa, lo constituyan, entre otros, los gastos producidos en la medicina privada. Esta

misma doctrina ha sido mantenida en nuestros dictámenes D.28/03, D.16/04, D.45/04, D.63/04, D.105/08, D.156/08 y D.10/09, entre otros.

4. En efecto, del historial clínico del paciente, resultan los siguientes datos:

A) En octubre de 2011, fue diagnosticado, en la Clínica R, de "e*pilepsia frontal, nocturna, refractaria, de origen criptogénico"*, proponiéndose, en marzo de 2012, dada la gravedad de su epilepsia, realizar evaluación prequirúrgica (estudio VEEG, RM cerebral de Teslas, PET y estudio neuropsicológico) y, en función de resultados, para localizar la zona epileptógena, se realizaría monitorización E-EEG (registro de las crisis con electrodos profundos).

B) El anterior diagnóstico y recomendación son reiterados, en la citada Clínica, en sucesivos informes de los años 2012, 2013, 2014 y 2015.

C) Hay constancia de que, al menos desde junio de 2012, el SERIS tenía constancia de la patología del reclamante y de los informes de la Clínica R. y de la Unidad de Epilepsia del Hospital *Cruces* de Bilbao, al que se le había derivado como Hospital de referencia. Así resulta del informe de Consulta Externa del Servicio de Neurología del Hospital *San Pedro*, de fecha 30 de octubre de 2013, en el que, coincidiendo con el diagnóstico de la Clínica privada ("*epilepsia frontal,refractaria, farmacorresistente"*), en el apartado tratamiento, se indica: "*dada la alta probabilidad de tener un foco localizado y con la cirugía poder controlar la epilepsia, se solicita la realización de estudio prequirúrgico con electrodos profundos (estéreo-electroencefalografía), en la Clínica R. de Madrid".* En este informe, se hace constar, también, que la Unidad de Epilepsia del Hospital de *Cruces* informa carecer de medios para la determinación del foco para intervención quirúrgica. El SERIS no autorizó la derivación del paciente a la Clínica privada, sino a los Hospitales de referencia: primero, al de *Cruces*, de Bilbao; y, posteriormente, al Universitario *Princesa*, de Madrid:

-En el primero de ellos, en junio de 2013, se propone continuar el tratamiento médico sin cambios y, en marzo de 2014, se decide, en sesión multidisciplinar, que el paciente ***"no era buen candidato a cirugía de epilepsia"***, concluyendo que precisaría una evaluación en un Centro de Cirugía de Epilepsia con amplia experiencia en monitorización invasiva; y recomiendan los Centros de Freiburg, Lyon o Milán.

-En cuanto a la asistencia prestada en el Hospital Universitario *Princesa*, de Madrid, hacen caso omiso de las pruebas que se le habían realizado anteriormente en la Clínica R. y el Hospital *Cruces*, que presenta el paciente, solicitando nuevas pruebas, entre ellas, el estudio video EEG, una de las pruebas que el paciente aportaba y para

cuya realización existe lista de espera de, al menos, 16 meses. En marzo de 2015, se le propone una prueba consistente en la introducción en las mejillas de unos electrodos ovales, que hubiera resultado inútil para localizar la zona del cerebro lesionada, por estar indicados dichos electrodos para epilepsias focalizadas en los lóbulos temporales, no en el lóbulo central frontal.

5. Entendemos perfectamente la actitud del paciente que (tras este peregrinar, repetición de pruebas, la negativa por parte de la medicina pública a la solución quirúrgica y el resultado de las pruebas de marzo de 2015 de la Clínica R. que, a la vista del mismo, informa que la gravedad de sus crisis podría llevar a sufrir un deterioro cognitivo y entrañaba, incluso, el riesgo de muerte súbita en epilepsia, SUDEP), en mayo de dicho año decidió: i) someterse al estudio estéreo electro-encefalográfico mediante la instalación de electrodos profundos en la Clínica R; y ii) focalizado el origen de las crisis epilépticas, ser intervenido, en la misma, el 21 de septiembre de dicho año.

6. A la vista de esta relación de hechos, creemos que concurren, en el presente caso, varios de los supuestos que, según la doctrina y jurisprudencia anteriormente comentada, se englobarían en la desaparecida causa de reintegro de gastos causados en la medicina privada, cuál era la de denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida.

No cabe hablar, desde luego, de error de diagnóstico, pues éste fue coincidente en el sistema público y en la Clínica privada, pero sí de error o demora en el tratamiento, de inclusión en una lista de espera que implica un dilatado periodo de tiempo, de situación de riesgo, de asistencia de suma importancia y transcendencia (vital) para mejorar la calidad de vida y aminorar el dolor y el sufrimiento intolerables e, incluso, de funcionamiento incorrecto de los servicios sanitarios por deficiencias estructurales y de organización hospitalaria.

El Hospital *Cruces*, de Bilbao, rechaza el tratamiento quirúrgico, decidiendo, en sesión multidisciplinar, que el paciente ***"no era buen candidato a cirugía de epilepsia"***, quizás por carecer de los medios adecuados para focalizar la zona epileptógena; pero resulta extraño que apunte a Centros de Epilepsia del extranjero, cuando las pruebas podían realizarse en la Clínica R, a un coste muy inferior, indudablemente. Consta en el expediente que, en el *Programa de Epilepsia* de la Clínica R, se atienden pacientes del Servicio Nacional de Salud (SNS) que, por presentar epilepsia compleja (sin lesión en la RM), son derivados, mediante una *Orden de canalización*. Este sistema permite la derivación de pacientes que presentan una patología poco frecuente y difícil de manejar, sin la necesidad de organizar un sistema de concertación.

El éxito de la intervención quirúrgica a que se sometió el paciente evidencia lo erróneo de la apreciación de aquella sesión multidisciplinar.

En el Hospital Universitario *Princesa* es, a nuestro entender, donde se pone de relieve un evidente fallo de organización hospitalaria, constitutivo de mala praxis. El paciente es incluido, en noviembre de 2014, en lista de espera; pero no quirúrgica, sino para la realización de una monitorización video-EEG prolongada, a partir de cuyo resultado se plantearía la posibilidad de proseguir con el estudio de electrodos profundos y la cirugía. Y el plazo de espera podía llegar a 16 meses. Y, en marzo del año siguiente, se le propone una prueba que hubiera resultado inútil para localizar la zona del cerebro lesionada.

7. Cabe concluir, en definitiva, que existe responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cuyas deficiencias de organización o funcionamiento han ocasionado al paciente un daño indemnizable, consistente en la demora en la aplicación del tratamiento adecuado y la prolongación de su patología, con sus inherentes molestias y padecimientos, e, incluso, riesgo para su vida.

A estos efectos es de destacar que la responsabilidad por daños producidos en caso de pacientes derivados a Centros de referencia es imputable a la Administración que dispuso la derivación del paciente a los mismos, en este caso, al SERIS, tal y como señalamos en nuestro dictamen D.41/10.

Cuarto

Determinación del perjudicado y de la cuantía de la indemnización

1. Pese a que la reclamación se plantea conjuntamente por el paciente y su esposa, en realidad, ha de considerarse perjudicado y, como tal, legitimado activamente para reclamar, el paciente; sin perjuicio de que los costes de la medicina privada hayan sido soportados por la sociedad conyugal y de que el daño moral que entraña la compleja patología afecte, no sólo al mismo, sino también a las personas unidas a él por vínculos familiares y de convivencia, en especial, a su esposa.

2. En cuanto a la valoración del daño y subsiguiente cuantía de la indemnización, insistimos en que no se trata tanto del ejercicio de una acción de reintegro de los gastos médicos causados en la medicina privada, cuya cuantificación es sencilla, como de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, en que la evaluación del daño resarcible no está exenta de dificultades.

En primer lugar, resulta discutible a partir de qué momento cabría reclamar la indemnización por el concepto de gastos ocasionados en la medicina privada, puesto que, según resulta del expediente, el paciente estuvo tratado en la Clínica R. ya en el año 2011,

mientras que la primera noticia de la patología del reclamante aparece, en el historial clínico del SERIS, en junio del 2012.

Tampoco puede asumirse, sin más, que hayan de computarse 1.148 días (los comprendidos entre la fecha en que se le aconsejó realizar la prueba de electrodos profundos y aquélla en que se realizó) como *no impeditivos*, a efectos de su indemnización, con aplicación analógica del baremo de los accidentes de tráfico.

En criterio de este Consejo, el daño imputable al funcionamiento del Servicio público sanitario es, fundamentalmente, moral y consiste en la zozobra e incertidumbre producida por la demora en la búsqueda de soluciones y del tratamiento aplicable, así como en la prolongación de las molestias y padecimientos y el peregrinaje hospitalario que revela el expediente.

Y su valoración, aun cuando puedan servirnos de orientación o como datos a tener en cuenta, los gastos producidos en la medicina privada o la posible demora en la curación, debe hacerse globalmente, mediante una apreciación estimada del conjunto de padecimientos sufridos, en una libre apreciación de las circunstancias derivadas del expediente, según hemos mantenido en diversos dictámenes, especialmente en el D.53/05 y en el D.25/06, este último con amplia cita de jurisprudencia, pudiendo también citar, entre otros, los dictámenes D.77/06, D. 34/07, D.22/10, D.25/12 y D.11/14.

Pues bien, teniendo en cuenta las referidas circunstancias y valorándolas en conjunto, consideramos prudente una valoración del daño en 90.000 euros.

CONCLUSIONES

Única

Procede estimar la reclamación planteada, por entender que existe responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, la cual deberá indemnizar, a D. F.J.B.M, en la cantidad de 90.000 euros.

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