

En Logroño, a 5 de junio 2008, 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, siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

70/08

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D^a A. L. C. por daños derivados de la atención sanitaria prestada a su hija, J. N. L.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

La niña J. N. L., nacida el 29 de octubre de 2005, fue atendida en el Centro de Salud *Gonzalo de Berceo*, perteneciente al Servicio Riojano de Salud, en el cual se le realizaron las revisiones rutinarias del “Programa del niño sano” por la correspondiente Médico Especialista en Pediatría. Tanto en la primera revisión como en las posteriores, así como en la consulta del 27 de febrero de 2006, a la que acudió la niña por una varicela, no se le apreció patología oftálmica alguna.

Segundo

El 11 de marzo de 2006, los padres acudieron con la paciente al Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* de La Rioja porque, según refirieron, y así consta en la historia clínica, “*desde esta mañana, le notan el ojo izquierdo aumentado de tamaño, con una nube que cubre el iris*”. En el Hospital, se le realizó una exploración general y una exploración oftalmológica, diagnosticándole glaucoma congénito del ojo izquierdo y se citó, para la realización de una prueba oftalmológica bajo anestesia general, el día 14 de marzo de 2006.

El citado día, la menor no es llevada por sus padres a la cita programada, constando en la documentación disponible que los mismos la trasladaron de manera voluntaria a la Clínica privada *Barra quer*, Centro de Oftalmología de Barcelona.

Tercero

En efecto, con fecha 13 de marzo de 2006, los padres llevaron a la paciente al Centro Oftalmológico *Barra quer* de Barcelona, donde se le diagnostica la existencia de un glaucoma congénito en el ojo izquierdo, por lo que fue intervenida quirúrgicamente de forma programada, realizándosele goniotomía en el ojo izquierdo el 15 de marzo de 2006. Con posterioridad ,se le diagnostica igualmente glaucoma congénito en el ojo derecho, por lo que se le vuelve a realizar en dicho ojo goniotomía el 19 de abril de 2006. Finalmente, el 14 de junio de 2006, se le practicó en el ojo izquierdo trabeculotomía y trabeculectomía, intervención que se repitió el día 5 de julio de 2006 en el ojo derecho.

Cuarto

En fecha 9 de mayo de 2007, la madre de la paciente, D^a A. L. C., presenta escrito de reclamación en el Servicio de Atención al Paciente del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* de La Rioja, en el que, en resumen, manifiesta que, por la deficiente asistencia en el seguimiento pediátrico de la niña J. N. L. tras su nacimiento y el retraso en el diagnóstico de glaucoma, se le ha ocasionado una pérdida de agudeza visual y les ha supuesto un coste económico de intervenciones, revisiones, estancias, viajes, etc., que ascendió a la cantidad de 27.500 .

Añade que, con dicho escrito, pretende provocar el inicio de actuaciones que den lugar a corregir la deficiencia de asistencia para que ningún otro paciente tenga que pasar por un calvario similar, además de solicitar una indemnización por la cantidad económica que tales circunstancias les han obligado a desembolsar.

Quinto

Seguido el expediente en todos sus trámites, con fecha 14 de abril de 2008, 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 24 de abril de 2008.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 29 de abril de 2008, registrado de entrada en este Consejo el día 7 de mayo de 2008, 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 7 de mayo de 2008, registrado de salida el día 9 de mayo de 2008, 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 disposición adicional 2.^a de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por ser la cuantía de la reclamación superior a 600 , en concordancia con el 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

Sobre las pretensiones ejercitadas en el presente expediente

La primera dificultad que presenta la resolución correcta del presente expediente es la determinación clara de las pretensiones que en él se ejercitan.

La madre reclamante concluye su escrito inicial diciendo que *“lo peor para nosotros son los daños irreparables a los que no se puede poner precio (con las revisiones oportunas se podría haber evitado que el glaucoma del ojo izquierdo avanzara hasta ser evidente a los ojos de cualquier persona de la calle, así como se ha evitado el ojo derecho) ”*. Aquí debe entenderse implícita una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños físicos y morales sufridos por la pequeña J. y consistentes en la pérdida de visión en el ojo izquierdo. El hecho de que la reclamante no valore económicamente el daño no es obstáculo para estimar correctamente ejercitada su pretensión, pues los particulares sólo han de realizar en su escrito inicial una *“evaluación económica de la responsabilidad patrimonial”* cuando ello fuere posible (párrafo segundo del art. 6.1 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial) y, en todo caso, este defecto formal (que podría haberse subsanado durante la instrucción mediante el oportuno requerimiento) no es obstáculo para alcanzar un pronunciamiento sobre el fondo.

Además, en dicho escrito, se solicita *“una indemnización por la cantidad económica que tales circunstancias nos han obligado a desembolsar y que se ha evitado la Seguridad Social ”*. Con ello, se ejercita una pretensión de reintegro de los gastos generados por la atención prestada en la Clínica *Barra quer* de Barcelona, en la que, finalmente, fue operada la niña, que, según el propio escrito, ascendían, en el momento de reclamarlos, a la suma de 27.500 .

Como es obvio, ambas pretensiones tienen diferente naturaleza y deben ser tratadas de forma independiente. La procedencia de la primera de ellas debe dilucidarse conforme a las reglas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración contenidas en los artículos 139 y siguientes LRJPAC., siendo lo que se resuelva en vía administrativa recurrible ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En cambio, la procedencia de la segunda de dichas pretensiones ha de discernirse 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.

Tercero

Sobre la responsabilidad patrimonial 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, 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 la víctima.

En el caso a que nos enfrentamos, dado el carácter congénito de la patología de la pequeña J., la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria aparece ligada únicamente a la *pérdida de oportunidades de curación* que, a entender de la madre reclamante, se produjo por no haber detectado los síntomas del glaucoma la Pediatra que atendía a la niña en el Centro de Salud *Gonzalo de Berceo*. Como es obvio, el diagnóstico que se efectuó en la atención recibida en el Servicio de Urgencias el 11 de marzo de 2006 fue el correcto, y, a partir de ahí, quedó roto el nexo causal con la atención recibida en la sanidad pública, pues el protocolo de actuación que entonces se indicó —examen del ojo con anestesia general el día 14 del mismo mes, con inmediata derivación para intervención quirúrgica al Centro de referencia oportuno— no llegó a efectuarse por la decisión de los padres de la menor de contrastar el diagnóstico y someterla a dicha intervención en la sanidad privada. Así pues, sin perjuicio de que esta última actuación de la sanidad pública deba ser analizada en relación con la pretensión de reintegro de gastos, nada puede tener que ver con la pretensión de indemnización derivada de responsabilidad patrimonial de la Administración que analizamos en este fundamento jurídico.

Los informes obrantes en el expediente y la Propuesta de resolución estiman que la actuación de la Pediatra de Atención Primaria fue conforme a la *lex artis*, y avalan dicha conclusión con el argumento de que la madre nada dijo en las consultas sobre una posible afección oftalmológica de la niña (incluso se ha debatido sobre si la madre le comentó o no algo sobre sus propios problemas de visión, que nada tienen que ver con los de su hija; extremo en todo caso irrelevante).

Sin embargo, a juicio de este Consejo Consultivo, hay una alegación de la madre de J. sobre la que, inexplicablemente, pasan de largo los informes médicos obrantes en el expediente y que, ineludiblemente, ha de ser considerada a este respecto. Se trata de la aportación, en el escrito de reclamación, de unas fotografías de la niña realizadas el 24 de febrero de 2006, tres días antes de acudir a la Consulta de Pediatría (el 27 de febrero de 2006) por tener la niña varicela, en las que –al decir de la madre, pero también en la apreciación que a simple vista podría hacer cualquier tercero lego en Medicina– se aprecia un agrandamiento del globo ocular, especialmente en el ojo izquierdo, lo cual, según la literatura científica, es uno de los síntomas más claros del glaucoma (debido al aumento de la presión intraocular en que consiste la enfermedad). Como hemos dicho, ninguno de los informes médicos obrantes en el expediente valoran si la apariencia de los ojos de la niña, revelada por dichas fotografías, resultaba o no sintomática de la posible existencia del glaucoma, y ello debiera haberse solicitado expresamente durante la instrucción (cfr. art. 7 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial).

En el criterio de este Consejo Consultivo, esta omisión debe subsanarse antes de dictar resolución definitiva, porque, en efecto, si la respuesta pericial fuera afirmativa, no cabría duda de que la atención pediátrica no fue conforme a la *lex artis*, ya que, según todos los protocolos científicos sobre el particular, los posibles síntomas del glaucoma congénito han de ser detectados en los niños recién nacidos durante dicha atención, derivándolos al Médico Especialista en Oftalmología, con independencia de que los padres o familiares hayan podido observar o no alguna anomalía. Y, esto sentado, no cabría duda de que habría un daño que imputar a tal atención disconforme con la *lex artis*, concretamente el de la *pérdida de oportunidades de curación* de la menor (que es un daño moral indemnizable en materia de responsabilidad sanitaria: véanse las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, 25 de septiembre de 1999 y 27 de mayo de 2003 y de la Sala 3ª de dicho Alto Tribunal de 17 de enero de 1997 y 18 de octubre de 2005, así como las de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional de 29 de octubre, 4, 5 y 19 de noviembre de 2003, entre otras muchas que podrían citarse), porque la literatura científica sobre el glaucoma congénito coincide igualmente en afirmar la importancia de su diagnóstico y tratamiento precoz para alcanzar óptimos resultados terapéuticos.

En definitiva, pues, antes de dictar resolución definitiva que ponga fin al presente expediente, debe solicitarse dictamen médico objetivo sobre si las indicadas fotografías revelan o no posibles síntomas de glaucoma congénito; y, si la respuesta es positiva, a juicio de este Consejo Consultivo, dicha resolución ha de estimar, en este caso, la

responsabilidad patrimonial de la Administración. Problema distinto sería, en esa hipótesis, el de la cuantía de la indemnización procedente, pues, para valorar como daño la *pérdida de oportunidad* (que es, como dice la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de noviembre de 2006, “*un daño basado en el cálculo de posibilidades, acomodándose la indemnización a tal circunstancia, a evaluar individualmente en cada caso*”), hace falta tener en cuenta las secuelas definitivamente sufridas por la menor. A este respecto, la literatura médica especializada coincide en que el glaucoma congénito, una vez tratado mediante la oportuna intervención (o intervenciones) quirúrgica, requiere de un seguimiento constante durante toda la vida del paciente, lo que es suficiente para estimar la existencia de un daño, pero –como es notorio– su entidad no sería la misma si, además, hubiera pérdida de visión o de campo visual, tal y como afirma la madre reclamante.

Ocurre, sin embargo, que, en el expediente, no ha quedado acreditada esa pérdida de visión o campo visual, pues no se ha incorporado al mismo ningún informe médico que la haga constar, a pesar de que sí hay constancia de que la evolución oftalmológica de la niña es seguida en el Servicio de Oftalmología del Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro (folios 22 y 23). Según la reiterada doctrina de este Consejo Consultivo sobre el impulso de oficio de los expedientes de responsabilidad patrimonial, las secuelas que sufre J. debieran haberse acreditado durante la instrucción, ordenando la práctica de la oportuna prueba (art. 7 del Reglamento en relación con el art. 80 LRJPAC.), en este caso consistente en pedir informe al mencionado Servicio de Oftalmología y a la Clínica Barraquer, en cuyo sentido es preciso completar el expediente para poder dictar una resolución conforme a Derecho.

En tanto en cuanto no se cubran las indicadas omisiones detectadas en la instrucción del expediente, este Consejo Consultivo no puede pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización procedente, por lo que deberá ser consultado nuevamente cuando la subsanación de aquéllas dé lugar a una nueva Propuesta de resolución.

Cuarto

Sobre el reintegro de los gastos habidos en la sanidad privada

Como hemos ya señalado con anterioridad, la procedencia de la pretensión igualmente ejercitada en este expediente de reintegro de los gastos sufridos por la reclamante como consecuencia de la atención de la pequeña J. en la Clínica *Barra quer* de Barcelona ha de discernirse 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. 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*”.

Por muy comprensible que pudiera ser la decisión de los padres de J. de acudir a la sanidad privada –concretamente a un Clínica Oftalmológica de gran prestigio en la que ya había sido tratada la madre recurrente de sus propias afecciones–, lo cierto es que la norma reglamentaria transcrita determina, con notoria claridad los supuestos en que puede obtenerse el reintegro de los gastos realizados en un Centro sanitario privado y que los mismos no concurren en este caso. El diagnóstico que se realizó en el sistema sanitario público fue correcto y la demora de tres días para confirmarlo mediante examen con anestesia general con inmediata derivación a un Centro de referencia para realizar la intervención quirúrgica procedente, perfectamente asumible conforme a la *lex artis*, por lo que en ningún caso concurría la situación de *riesgo vital* que exige el precepto. En consecuencia, a juicio de este Consejo Consultivo –y sin perjuicio de lo antes expuesto sobre la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración–, no procede estimar la pretensión de reintegro de gastos ejercitada.

CONCLUSIONES

Primera

La pretensión de reintegro de los gastos causados por la atención de la paciente en la sanidad privada debe ser desestimada, por no concurrir la circunstancia de *riesgo vital* exigida por 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 regula tales pretensiones.

Segunda

En cuanto a la pretensión de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración por *pérdida de oportunidades de curación*, para determinar si la misma ha de ser estimada y, en su caso, la cuantía de la indemnización procedente, es preciso completar la fase de instrucción del procedimiento incoado realizando la oportuna actividad probatoria sobre los extremos que se indican en el Fundamento Jurídico Tercero del presente dictamen, dictando, en consecuencia, la pertinente Propuesta de resolución sobre la que habrá de volver a recaer el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

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