

En Logroño a 23 de junio de 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. Pedro de Pablo Contreras, D. Antonio Fanlo Loras, y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana, con asistencia de su Letrado Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, habiéndose ausentado el Consejero D. José M<sup>a</sup> Cid Monreal, por concurrir en el mismo causa legal de abstención, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad de los asistentes, el siguiente

## **DICTAMEN**

**87/08**

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. M. A. C. S. M. por daños derivados de atención sanitaria.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

D. M. A. C. S. M. ingresó en el Servicio de Aparato Digestivo del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* en noviembre de 2003 por alteración de las transaminasas en un análisis de rutina. Mediante TAC abdominal, se diagnosticó de gran masa que ocupaba todo el lóbulo hepático derecho, de densidad heterogénea, más sospechosa, en principio, de tumoración primitiva hepática que de metástasis, por biopsia hepática bajo control ecográfico, se confirmó infiltración por hepatocarcinoma.

#### **Segundo**

Por iniciativa del Servicio de Aparato Digestivo del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*, el paciente fue derivado, en noviembre de 2003, al Servicio de Aparato Digestivo del Hospital *Marqués de Valdecilla* de Santander. Ingresó en dicho Servicio el 8/12/2003 para realización de embolización hepática por hematoma de lóbulo hepático derecho. Se realizó embolización de arterias de lóbulo hepático derecho con polivinil alcohol.

Presentó, posteriormente, pseudoaneurisma femoral derecho, precisando trombosis ecoguiada, obteniendo un buen resultado. El 22/12/2003, se le realizó *by-pass* aortofemoral por fístula arteriovenosa y dilatación aneurismática en femoral derecha, secundaria a punción de la embolización.

En marzo de 2004, se le realizó quimioembolización con lipiodol y adriamicina, se desestimó segunda quimioembolización por peligro de oclusión de arteria cística.

### **Tercero**

El 25/6/04, se realizó laparotomía exploradora, en el Servicio de Cirugía General del Hospital *Marqués de Valdecilla* de Santander, encontrándose: un hepatocarcinoma que ocupaba todo el lóbulo hepático derecho y sobrepasaba 3 cm; el ligamento falciforme; y el lóbulo hepático izquierdo, por lo que se consideró irresecable.

### **Cuarto**

El 29/7/2004, acudió a la Clínica Universitaria de Navarra por iniciativa propia, para segunda opinión, donde se le recomendó quimioterapia con Oxaliplatino y Gemcitabina o Irinotecan, y que podía valorarse la administración de radioterapia selectiva con esferas de Itrio radiactivo.

### **Quinto**

En septiembre de 2004, desde el Servicio de Admisión del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* se dirigió una solicitud de valoración-segunda opinión al Servicio de Oncología del Hospital Clínico de Barcelona, remitiendo copia de la documentación enviada a la Unidad de Traslados del Servicio de Prestaciones y Atención al Usuario. De acuerdo con las manifestaciones de D. M. A. C. S. M., el Dr. B., del Servicio de Oncología del Hospital Clínico de Barcelona, le indicó la posibilidad de someterse a un ensayo clínico mediante inyección de microesferas cargadas de Itrio. El paciente rechazó someterse a dicho ofrecimiento terapéutico en el Hospital Clínico de Barcelona.

El paciente inició tratamiento con Oxaliplatino y Gemcitabina en el Servicio de Oncología del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* en septiembre de 2004 y recibió 7 ciclos, con disminución de la Alfafetoproteína. Se realizó TAC en noviembre de 2004, con mejoría de la enfermedad.

El 12/1/2005, se realizó infusión hepática de microesferas de Itrio en la Clínica Universitaria de Navarra.

### **Sexto**

El 13/1/2005, la Dra. Z., del Servicio de Oncología del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* solicitó tratamiento con Itrio 90 para D. M. A. C. en la Clínica Universitaria de Navarra al Servicio de Prestaciones y Atención al Usuario. Desde dicho

Servicio, con fecha 18/1/2005, se comunicó, a la Dra. Z. y al propio paciente, que no se iba a emitir una orden de asistencia a D. M. A. C. S. M. para la Clínica Universitaria de Navarra, por ser un centro privado y no existir previa petición de valoración y tratamiento dentro de la Red Pública Sanitaria, y a que se había producido una irregularidad respecto a la petición de tratamiento, pues el paciente ya había sido visto en la Clínica Universitaria de Navarra, sin autorización previa del Servicio de Prestaciones y Atención al Usuario del Servicio Riojano de Salud.

En dicha Resolución se apuntaba la posibilidad de reclamar el reintegro de los gastos habidos por el tratamiento de microesferas de Itrio en la sanidad privada, por lo que D. M. A. C. ejerció tal pretensión el 9 de febrero de 2005, por un importe de 18.907,49 , solicitud que le fue desestimada por Resoluciones de 11 de mayo y 29 de junio de 2005. Ante tal negativa, el interesado reprodujo su pretensión ante la jurisdicción social, siendo la misma acogida parcialmente, por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de La Rioja de 3 de febrero de 2006, y desestimada íntegramente en el recurso de suplicación interpuesto contra la misma por el Servicio Riojano de Salud, que fue resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 11 de octubre de 2006.

### **Séptimo**

En enero de 2006, se le propuso en la Clínica Universitaria de Navarra, con carácter privado, resección de la lesión hepática, realizándose hepatectomía con resección de diafragma infiltrado y colocación de prótesis.

### **Octavo**

En noviembre de 2006, acudió al Servicio de Oncología del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* por dolor neuropático a nivel de arco costal derecho. Se le realizó PET de estadiaje en la Clínica Universitaria de Navarra, encontrándose una lesión paravertebral derecha única, de unos 2 cm. de diámetro, con SUV de 6.04. Dado que el paciente ya había recibido tratamiento con Oxaliplatino y Gemcitabina, se le recomendó en la Clínica Universitaria de Navarra tratamiento con Bevacizumab añadido a ambos fármacos.

El paciente recibió tratamiento de radioterapia con acelerador de electrones en la Clínica Universitaria de Navarra, remitido a instancias del Servicio de Oncología del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro* y previa orden de asistencia del Servicio de Prestaciones y Atención al Usuario del Servicio Riojano de Salud, en diciembre de 2006.

A lo largo del año 2007, continuó en seguimiento y tratamiento en el Servicio de Oncología del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*.

## **Noveno**

En escrito que tuvo entrada el 1 de junio de 2007, D. M. A. C. formula reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, que cuantifica en la suma de 65.796,77 , importe de las sumas pagadas a la Clínica Universitaria de Navarra por el tratamiento recibido en ésta.

Seguido el expediente en todos sus trámites, con fecha 22 de mayo de 2008, se formula por la Instructora 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 28 de mayo de 2008.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito de 28 de mayo de 2008, registrado de entrada en este Consejo el 4 de junio 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 4 de junio de 2008, registrado de salida el 6 de junio 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 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, 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**

#### **Inexistencia de responsabilidad de la Administración**

Es indudable que, en el presente expediente, se ejercita una pretensión de reintegro de los gastos generados por la atención prestada al interesado en la Clínica Universitaria de Navarra que, según el propio escrito, ascendían, en el momento de reclamarlos, a la suma de 65.796,77 .

La procedencia de esta pretensión 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. 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 ”.*

A este respecto, únicamente cabe señalar 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 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. La Propuesta de resolución recoge varias Sentencias, tanto del Tribunal Supremo cuanto de la Audiencia Nacional, que asumen este planteamiento.

Sin embargo, a juicio de este Consejo Consultivo, resulta evidente la imposibilidad de reproducir por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración pretensiones de reembolso de gastos idénticas a las ya ejercitadas ante la jurisdicción social cuando ésta ya las ha resuelto, considerando como causa justificante de las mismas, no sólo la “*asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital*” de que habla el Real Decreto 1.030/2006, sino también la “*denegación de asistencia*” y el “*error de diagnóstico*”. Y esto es justamente lo que hace la Sentencia firme de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 11 de octubre de 2006, que recoge profusamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en tal sentido.

En definitiva, pues, consideramos que, limitándose el interesado a reproducir por otra vía una pretensión de reintegro de gastos que es competencia de la jurisdicción social, sin añadir elemento alguno que diferencie la pretensión que ahora ejercita de la ya ejercitada ante dicha jurisdicción, la santidad de la cosa juzgada hace imposible otro pronunciamiento en este expediente que el desestimatorio, pues, más allá de la calificación formal por el interesado de su reclamación como de responsabilidad patrimonial de la Administración, la misma, tal y como se formula, no es materialmente sino una reclamación de reembolso de gastos en la sanidad privada.

## **CONCLUSIONES**

### **Única**

La pretensión de indemnización ejercitada por el reclamante debe ser desestimada, puesto que la pretensión de resarcimiento de gastos en la sanidad privada que ejercita ya fue desestimada, en sentencia firme, por la jurisdicción social.

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