

En Logroño a 4 de septiembre 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, D. José María Cid Monreal y D^a Carmen Ortiz Lallana, con asistencia de su Letrado Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

105/08

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Por la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Riojano de Salud durante los meses de mayo a septiembre de 2006, D. L. M. G. formuló reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja por escrito de fecha 24 de agosto de 2007, en el que terminaba solicitando una indemnización *“por el daño moral que me ha causado la angustia e incertidumbre de no saber qué tenía, viendo, como veía, que los episodios de hemoptisis no cesaban y no se pautaba tratamiento alguno”*, así como el abono de las facturas que tuvo que satisfacer a la Clínica Universitaria de Navarra, a la que acudió con posterioridad realizándose allí un diagnóstico y tratamiento que se ha mostrado eficaz. El importe de dichas facturas asciende a un total de 2.446,09 € y el de la indemnización por el daño moral fue fijado por la interesada, subsanando su reclamación, en una suma no inferior a 22.000 €.

Segundo

Aunque, como hemos indicado, la reclamación se formula por la asistencia prestada durante los meses de mayo a septiembre de 2006, el correcto entendimiento de este asunto requiere exponer sucintamente todos los hechos que se infieren del escrito de la interesada y del conjunto del expediente, y que son los siguientes:

1.º D. L. M. G. sufrió un primer episodio, al que siguieron otros dos, uno y tres meses más tarde, de hemoptisis —expectoración de esputo hemóptico o de sangre procedente del aparato respiratorio— en junio de 1986, a la edad de 31 años. En aquella ocasión, fue diagnosticada y tratada por el Dr. P. en el Hospital Clínico de Barcelona, ciudad en la que residía. Constan en el expediente, como realizadas en dicho Hospital, fibrobroncoscopia y broncografía de fecha 11 de noviembre de 1986, con la indicación de “*sospecha de bronquiectasias*” (fol. 143 y 144), y otras de 8 de septiembre de 1987, en las que la indicación es de “*bronquiectasias*” a secas (fol. 141 y 145), si bien en el informe del TAC torácico realizado el 22 de octubre de 1987 se afirma que “*a nivel de parénquima pulmonar no se detectan imágenes sugestivas de bronquiectasias, tan solo unos focos de condensación alveolar heterogéneos en llingula*” (fol. 142).

En el informe del Dr. P. de fecha 2 de noviembre de 1987, consta el diagnóstico de “*hemoptisis de repetición de origen no filiado*” y que los síntomas de la paciente (persistencia de tos productiva, repetidos episodios de rinitis, faringitis, tos y expectoración) experimentaron mejoría tras tratamiento con amoxicilina a altas dosis y, en general, con tratamiento antibiótico. Obra en el expediente un fax del propio Dr. P., de fecha 29 de abril de 2008, en el que indica que, entre los tratamientos indicados en 1987, “*se incluyó realizar tratamiento con amoxicilina clavulánico durante una semana de cada mes durante un año*”.

2.º D. L. fijó su residencia en Logroño en 1988. Según sus propias afirmaciones, siguiendo las instrucciones del Dr. P. con las que se mostró conforme su Médico de cabecera, continuó tomando antibióticos. En cualquier caso, aparece acreditado que no tuvo nuevos episodios de hemoptisis hasta 1996.

3.º En 1996 ingresa por primera vez en el Hospital *San Millán* por hemoptisis leve secundaria a infección respiratoria, sintomatología que, con periodicidad e intensidad irregular, se mantuvo hasta el año 2000. Se le realiza TAC torácico el 18 de septiembre de 1996, con resultado de algún pequeño e irregular tracto fibroso de origen inespecífico, sin constatarse claras imágenes de ectasias bronquiales asociadas a los mismos. El 23 de junio de 1997, se le realiza un TAC torácico de alta resolución con resultado de parénquima pulmonar compatible con la normalidad, a excepción de algún pequeño tracto fibroso subpleural residual. En septiembre de 1997, se le realiza una fibrobroncoscopia con resultado de signos generalizados de bronquitis crónica, siendo la baciloscopia del broncoaspirado negativa. El 16 de febrero de 1999, se le realiza otro TAC torácico de alta resolución, no objetivándose signos que sugieran la existencia de bronquiectasias. En noviembre de 1999, dada la persistencia de episodios de expectoración hemóptica y el resultado negativo de los estudios realizados hasta entonces, se decide remitir a la paciente al Hospital Clínico de Zaragoza para la realización de una arteriografía bronquial selectiva que se lleva a cabo el 12 de enero de 2000, observándose una arteria bronquial izquierda hipertrófica y con arborización periférica patológica, procediéndose a su embolización, operación que se repitió en mayo del mismo año 2000 al observarse recanalización de la arteria bronquial izquierda previamente embolizada, momento en el que se objetivó

también un tronco intercostobronquial derecho con la misma morfología que el izquierdo, implantándose un colí de 2x5 en la arteria bronquial derecha anómala con resultado satisfactorio. Durante todo este período de tiempo —de 1996 a 2000— se le realizaron a la paciente múltiples radiografías de tórax sin que se apreciaran signos de bronquiectasias.

4.º En el año 2003, vuelve a sufrir un nuevo episodio de hemoptisis en Alicante, que remite con tratamiento conservador.

5.º El período por el que la paciente formula su reclamación se inicia el 17 de mayo de 2006, fecha en que ingresa en el Servicio de Neumología del Hospital *San Pedro*, a través del Servicio de Urgencias, por un cuadro de hemoptisis en cantidad moderada, sin acompañarse de fiebre, tos, expectoración o dolor torácico. A la Rx de tórax, se objetiva un aumento de densidad leve en la base pulmonar izquierda y, en el TAC torácico, se observan mínimas imágenes de aumento de densidad en ambas bases pulmonares, sin broncograma aéreo, descartándose imágenes de bronquiectasias. Se decidió no realizar fibrobroncoscopia, siendo dada de alta hospitalaria el 22 de mayo de 2006.

Sin embargo, tres días más tarde, el 25 de mayo de 2006, es ingresada nuevamente a través del Servicio de Urgencias por nuevo cuadro hemóptico de cantidad moderada. Se le realiza fibrobroncoscopia en la que se objetivaron vías aéreas superiores y árbol bronquial derecho normales, observándose signos de sangrado, así como restos hemáticos en la pirámide basal del árbol bronquial izquierdo, sin ningún otro tipo de lesión. Posteriormente, se realiza arteriografía bronquial en la que se objetiva árbol bronquial hipertrofiado en el lóbulo inferior izquierdo, por lo que, tras cateterización supraseductiva, se realiza embolización. Tras una evolución favorable, es dada de alta hospitalaria con fecha 2 de junio de 2006, con el diagnóstico de hemoptisis por malformación arterial a nivel del lóbulo inferior izquierdo.

La paciente vuelve a ingresar por expectoración hemóptica el 29 de julio de 2006, realizándose una arteriografía bronquial con resultado de árbol bronquial izquierdo de aspecto aberrante en sus extremos, procediéndose a nueva embolización. Es dada de alta el 4 de agosto de 2006.

El 7 de septiembre de 2006, D. L. vuelve a ingresar por un nuevo episodio de hemoptisis. Se le hace un Rx de tórax que no objetiva patología pulmonar aguda y es dada de alta el día 12 del mismo mes.

6.º D. L. M. G., dada la persistencia de las hemoptisis (cada dos meses, aproximadamente) y ante la percepción de que en el Servicio Riojano de Salud no se había diagnosticado su causa, cursó, en noviembre de 2006, una solicitud de segunda opinión para el Dr. R. M., del Hospital *Germán Trias i Pujol* de Badalona. Aceptada su solicitud, la visita tuvo lugar el 16 de enero de 2007. Al decir de la reclamante, a la vista del último TAC que le habían hecho en el Hospital *San Millán-San Pedro* y a pesar de su escasa calidad, por no ser de alta resolución, el Dr. R. M. apreció la existencia de bronquiectasias.

Sin embargo, no obra en el expediente informe escrito alguno del citado Facultativo, ni parece se remitiera por su parte ninguno al Servicio Riojano de Salud.

7.º A la vista de todas estas circunstancias, la reclamante consideró agotadas las posibilidades de obtener de la sanidad pública un diagnóstico para su enfermedad y acudió a la Clínica Universitaria de Navarra, donde fue atendida por el Dr. Z. del Departamento de Neumología. En el informe de este Facultativo, de fecha 13 de febrero de 2007, se indica que en el último TAC realizado en el Hospital *San Millán-San Pedro* y aportado por la paciente *“se observan signos que sugieren bronquiectasias en LM y llingula, aunque no son TACs de alta resolución por lo que no puede asegurarse”*. Tras las diversas pruebas realizadas en la Clínica Universitaria de Navarra —analítica, TAC de alta resolución, broncoscopia, citología, informe anatomopatológico—, el informe concluye confirmando *“la presencia de bronquiectasias en ambos pulmones, con predominio en LMD y llingula, aunque también presentes en ambos lóbulos superiores”*, así como la *“colonización con Pseudomonas y Klebsiella”*, indicando que, ante la frecuencia de los episodios de hemoptisis es indicado *“iniciar tratamiento rotatorio con antibióticos para reducir al máximo el recuento de bacterias”*.

La paciente envió el informe de la CUN al Dr. R. M. —a quien pidió segunda opinión—, el cual le remitió un correo electrónico el 3 de abril de 2007 —del que hay copia en el expediente— indicándole que, *“teniendo en cuenta que está colonizada por gérmenes con potencial de complicaciones, como es la Pseudomona, la terapéutica que le proponen con antibióticos es oportuna”*.

En el informe médico, tras la revisión en la CUN el 26 de julio de 2007, aun no habiéndose producido más episodios de hemoptisis, se mantiene el tratamiento con antibióticos —aunque se reduce su dosis— y se recomienda continuarlo de forma indefinida, indicándose que *“en el caso de que se produjera un nuevo episodio de hemoptisis o sobreinfección, recomendaríamos una nueva broncoscopia para obtener cultivos y determinar resistencias a antibióticos”*.

En su escrito de alegaciones de fecha 9 de mayo de 2008, la interesada señala que el resultado de este tratamiento antibiótico fue que cesaron las hemoptisis, aunque *“después de un año, he vuelto a tener otro episodio que se ha solventado sin necesidad de hospitalización y cambiándome el tratamiento, lo cual sigue demostrando, una vez más, que es una enfermedad crónica que hay que vigilar continuamente”*.

Tercero

Seguido el expediente en todos sus trámites —entre los que son de destacar el informe de la Inspección médica y el pericial a instancia de la Compañía aseguradora de estos riesgos—, con fecha 8 de julio 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 17 de julio de 2008.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 17 de julio de 2008, registrado de entrada en este Consejo el 24 de julio 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 24 de julio de 2008, registrado de salida el 24 de julio 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.

Finalmente, concurre en este caso la circunstancia singular de que la reclamante presta sus servicios como Auxiliar Administrativa en este Consejo Consultivo, resultando preciso hacer constar que ello no constituye causa de abstención de los Consejeros ni impide, por tanto, que este órgano emita su dictamen, como hemos dicho, preceptivo. Los artículos 6.3 de nuestra Ley reguladora, y el correlativo 27.2.B) de su Reglamento, remiten en este punto a lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo, siendo, por tanto, los motivos de abstención que nos afectan los previstos con carácter general en el artículo 28.2 LRJPAC, ninguno de los cuales concurre en esta hipótesis, en la que el principio de imparcialidad que debe presidir nuestra actuación queda asegurado, no sólo desde un punto de vista objetivo o de cumplimiento de la norma, sino también desde el punto de vista subjetivo a que se refiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como complementario del anterior (cfr. Sentencia de 24 de septiembre de 2003, *Valero c. España*), que se afronta por quienes hemos de dictaminar sin otro conocimiento sobre los hechos que motivan la reclamación que los que se infieren del expediente administrativo a que la misma ha dado lugar.

Segundo

Existencia de responsabilidad de la Administración

La reclamación formulada por D. L. M. G. se refiere exclusivamente a la asistencia que se le prestó en el Servicio de Neumología del Hospital *San Millán-San Pedro* durante los meses de mayo a septiembre de 2006, durante los cuales se repitieron con elevada frecuencia los episodios de hemoptisis que ya había padecido con anterioridad, sin que se diagnosticara su causa ni, en consecuencia, se iniciara el tratamiento adecuado para evitarlos o, al menos, disminuir su frecuencia e intensidad.

La reclamante es consciente de su predisposición a las hemoptisis —puesto que sufrió la primera en 1986, luego varias de 1996 a 2000, otra en 2003 y las ya indicadas a partir de mayo de 2006—, pero entiende que era posible determinar su causa próxima, que, a su entender, no es otra que la existencia de bronquiectasias, esto es, de dilataciones anormales e irreversibles de sus bronquios, en este caso debidas a su inflamación por colonización bacteriana, lo que hacía necesario un tratamiento antibiótico que no se le dispensó y que ya mostró sus buenos resultados tras los episodios hemópticos de 1986. Los informes de la Inspección médica y el pericial a instancia de la Compañía

aseguradora, y con ellos la propuesta de resolución y el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, consideran que a la reclamante se le hicieron las pruebas oportunas sin que las mismas revelaran la existencia de bronquiectasias, y es por ello que se estima que la actuación de los Facultativos del Servicio Riojano de Salud fue conforme a la *lex artis ad hoc*, lo que excluye en este caso la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin duda, el debate jurídico para resolver la cuestión ha sido bien planteado por ambas partes, de modo que el problema estriba en dilucidar si los presupuestos de hecho y valorativos de los que una y otra extraen sus conclusiones son o no correctos.

En efecto, como es evidente, el primer requisito que debe analizarse para determinar si concurre o no, en cualquier supuesto, una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración es la existencia de un daño, que ha de ser real y efectivo. En este caso, la reclamante aduce la existencia de dos tipos de daños: uno, patrimonial y perfectamente fijado, que se concreta en las facturas que hubo de abonar a la Clínica Universitaria de Navarra, a cuyo Departamento de Neumología hubo de acudir ante lo que considera ausencia de diagnóstico y tratamiento alguno por parte de la Sanidad pública; y otro, de índole moral, consistente en *“la angustia e incertidumbre de no saber qué tenía, viendo, como veía, que los episodios de hemoptisis no cesaban y no se pautaba tratamiento alguno”*. Pues bien, en cuanto al primer daño alegado no plantea duda alguna su efectividad, por más que —como veremos— su indemnizabilidad deba matizarse por la existencia de un preciso régimen jurídico aplicable al reembolso de los gastos originado por la asistencia sanitaria privada.

Y, a juicio de este Consejo Consultivo, tampoco las plantea el daño moral cuya indemnización se pretende, pues, de los hechos probados en el expediente, se infiere, ciertamente, la repetición de los episodios de hemoptisis durante el período de tiempo por el que se reclama, sin que los mismos consiguieran atajarse ni tampoco reducir significativamente su frecuencia, lo cual, especialmente si se tiene en cuenta lo desagradable e inquietante de la expectoración de sangre, inevitablemente hubo de producir en la paciente la zozobra que alega. En consecuencia, pues, el primer requisito de toda hipótesis de responsabilidad patrimonial de la Administración, cual es la existencia de unos daños reales y no supuestos, efectivos e individualizados en una persona —características que, según reiterada doctrina jurisprudencial y de este Consejo Consultivo, son predicables también de los daños morales—, concurre en este caso sin lugar a ninguna duda.

Sin embargo, según la constante doctrina de este órgano consultivo, la real existencia de tales daños no determina automáticamente su indemnizabilidad, sino que ello requiere de la concurrencia de otros requisitos, de los que, en este caso, es obligado analizar dos: primero, que la relación de causalidad en sentido estricto aísle la causa del resultado dañoso situándola en la órbita del actuar administrativo; y, segundo, que, ello supuesto, concorra el imprescindible criterio positivo de imputación objetiva de la

responsabilidad a la Administración y no lo haga ninguno de los criterios negativos de imputación que excluyen tal responsabilidad.

En cuanto a lo primero, 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 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.

Pues bien, en este caso no creemos que haya dudas de que la asistencia sanitaria prestada a D. L. durante los meses de mayo a septiembre de 2006 contribuyó de modo apreciable a explicar el resultado dañoso cuya indemnización se reclama, de modo que debe ser considerada la misma como concausa de dichos daños. En lo que se refiere a los gastos satisfechos a la Sanidad privada, ello resulta incontrovertible, pues es obvio que la interesada acudió a la misma por no encontrar en la Sanidad pública diagnóstico y tratamiento eficaz para combatir los episodios de hemoptisis, que se seguían repitiendo, de modo tal que, si hubiera encontrado en el Sistema sanitario público solución o paliativo a su dolencia —en cuya búsqueda recurrió incluso a solicitar en ella una segunda opinión, con resultados frustrantes, ya que los mismos ni siquiera dieron lugar a un informe escrito que pudiera ser conocido por el Servicio Riojano de Salud—, puede darse por seguro que no hubiera recurrido a la Sanidad privada, sin que frente a ello pueda razonablemente afirmarse que acudió a ésta voluntariamente o por capricho.

Y la misma conclusión se alcanza en cuanto a los daños morales, pues los mismos se explican justamente por la ineficacia de la atención sanitaria prestada para explicar y acabar o al menos disminuir la frecuencia de los episodios de hemoptisis, ya que —en contra de lo que parece entender la Propuesta de resolución— no se reclama propiamente

por éstos, como tampoco por la enfermedad que a día de hoy, tras el diagnóstico de la CUN, se sabe los origina —que la propia paciente asume como crónica y sabe carente de cura definitiva—, sino por la incertidumbre y preocupación causadas al no encontrar los servicios públicos sanitarios su causa y pautar en consecuencia alguna clase de tratamiento: se reclama, pues, por el *plus* moral e intangible de desesperanza, dolor o angustia psíquica provocadas, no por la dolencia en sí, sino por la luego —con el seguro punto de comparación de la certeza del ulterior diagnóstico y la mostrada eficacia aliviadora del consiguiente tratamiento, alcanzados ambos en la sanidad privada— demostrada ineficacia en diagnosticarla y atajarla o atemperarla, irrazonablemente prolongada durante más de cinco meses.

Así las cosas, 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 ese deber es de medios y no de resultado y se cumple, no respondiendo entonces la Administración, cuando la atención prestada ha sido conforme con la denominada *lex artis ad hoc*.

Como hemos dicho, la Propuesta de resolución, de acuerdo en ello con los dictámenes médicos obrantes en el expediente, reputa conforme a dicha *lex artis ad hoc* la actuación de los Facultativos del Servicio Riojano de Salud en este caso. Sin embargo, este Consejo Consultivo no puede mostrarse conforme con ese juicio. La literatura médica más solvente coincide en que los episodios de hemoptisis son uno de los síntomas más claros de la existencia de bronquiectasias, que éstas van, en muchos casos, asociadas a la colonización bacteriana, y que es necesario, para apreciar aquéllas, realizar un TAC torácico de alta resolución.

Pues bien, en el período por el que se reclama —de mayo a septiembre de 2006— únicamente se hizo a la perjudicada un TAC torácico ordinario (mayo de 2006). A la vista de dicho TAC los Facultativos del Hospital *San Millán-San Pedro* descartaron la existencia de bronquiectasias en los pulmones de la paciente, pero es lo cierto que los de la Clínica Universitaria de Navarra, con el mismo dato, no efectuaron tal descarte, sino que —dice en su informe de 13 de febrero de 2007 el Dr. Z.— en dicho TAC, observaron “*signos que sugieren bronquiectasias en LM y llingula, aunque no son TACs de alta resolución por lo que no puede asegurarse*”; y, al decir de la interesada, de la misma opinión fue el el Dr. R. M., del Hospital *Germán Trias i Pujol* de Badalona, a quien acudió en busca de una segunda opinión dentro del Sistema público de salud (afirmación de cuya verosimilitud no hay razón para dudar, ya que la misma le fue transmitida oralmente y la Administración ha abdicado, sorprendentemente, de pedir a dicho Facultativo informe o aclaración alguna sobre este extremo en el curso del expediente).

Así pues, debió, sin duda, sospecharse de la presencia de bronquiectasias tras el primer TAC —como lo hicieron los doctores Z. y R. M.) y realizar otro de alta resolución para confirmar aquélla o descartarla, que es justamente lo que se hizo en la CUN con el diagnóstico ya conocido de su existencia en los pulmones de la paciente, sin que sea de recibo imputar este diagnóstico —como hace el informe de la Inspección médica— a que la CUN tiene medios técnicos más avanzados, ya que los TAC de alta resolución pueden y deben realizarse —y de hecho se realizan (a la propia interesada se le hicieron dos, en 1997 y 1999)— en la Sanidad pública. Por lo demás, la detección de las bronquiectasias en los pulmones de la paciente, además de determinar la enfermedad crónica que padece, hubiera permitido comprobar y combatir —con el oportuno tratamiento antibiótico, cual el pautado por la CUN— la colonización bacteriana que con frecuencia la causa, de la que ya había indicio en broncoscopio realizado en el Hospital *San Millán-San Pedro* el 26 de mayo de 2006 (en el que, al decir del informe del Dr. B. obrante al folio 39 del expediente, “*se obtiene el crecimiento de una Pseudomona aureginosa*”, una de las dos bacterias aisladas en las pruebas de la CUN).

Por todo ello, y como hemos ya anticipado, entendemos que la actuación de los Facultativos del Sistema Riojano de Salud, probablemente correcta en todo lo demás, no puede considerarse, por la no realización del oportuno TAC torácico de alta resolución, conforme a la *lex artis ad hoc*. Y ello es bastante para inferir la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica en este caso. Así lo consideramos también en nuestro Dictamen 91/05, en el caso de un paciente al que no se le practicó un TAC en la sanidad pública y si luego en la privada, que fue calificado por este Consejo como un supuesto error de diagnóstico por no realización de una prueba posible y necesaria.

Es más, en el ámbito del funcionamiento *anormal* del servicio público sanitario, aunque no en el de la disconformidad a la *lex artis*, ha de situarse también la falta de constancia y acreditación ante el Servicio Riojano de Salud de la segunda opinión médica solicitada por la interesada y autorizada por dicho Servicio. Dicha segunda opinión pudo y debió llevar a realizar el TAC torácico de alta resolución que su caso demandaba, lo cual, si no llegó a ocurrir, fue por el desconocimiento de esa segunda opinión clínica por los Facultativos del Hospital *San Millán-San Pedro*. Este fallo del sistema público sanitario no es imputable al Facultativo que dio esa segunda opinión ni al Servicio Catalán de Salud, en el que aquél presta sus servicios, sino que la actuación de dicho Facultativo se inserta en el funcionamiento del Servicio Riojano de Salud, pues, cuando un perito ajeno a la Administración sanitaria riojana atiende, a su instancia, un derecho que esta misma reconoce, ha de entenderse que actúa por cuenta de esta última, a la que corresponde poner los medios para asegurarse de la real repercusión de su ejercicio en la atención sanitaria conforme a la *lex artis* que tiene el deber de asegurar.

Tercero

Sobre la procedencia y la cuantía de la indemnización

Alcanzada, pues, la conclusión de que concurren en este caso los requisitos para estimar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, únicamente resta pronunciarse sobre la indemnizabilidad del daño y, en su caso, la cuantía de la indemnización. A este respecto deben analizarse separadamente las dos pretensiones resarcitorias que ejercita la perjudicada:

A) La primera de tales pretensiones es la de resarcimiento de los gastos ocasionados por su asistencia en la Sanidad privada, que importan un total de 2.446,09 €.

La procedencia de esta pretensión ha 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, tal y como se argumenta en la Propuesta de resolución, 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.

Así, en nuestro Dictamen 63/04 hacíamos referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2002 (Ar. 25164) y otras en ella citadas. La misma doctrina hemos mantenido en los Dictámenes 28/03, 16/04 y 45/04. Véanse también las Sentencias de 25 de febrero de 2004, de la Audiencia Nacional, y de 29 de marzo y 7 de julio de 1999 (Ar. 2832 y 5160), así como la de 18 de octubre de 1998, todas ellas de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y la de 4 de noviembre de 1988 (Ar. 8527), de la Sala Cuarta, entre otras.

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 —como hemos explicado— 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.

En consecuencia, ya que —como hemos argumentado con profusión en el anterior fundamento jurídico de este dictamen— no nos cabe duda de que en este caso hubo, si no “denegación de asistencia”, sí “error de diagnóstico”, o lo que es lo mismo infracción de la *lex artis ad hoc*, resulta necesario reconocer la procedencia del abono a la interesada de los 2.446,09 € que se vio obligada a satisfacer a la Clínica Universitaria de Navarra, entidad privada que alcanzó el diagnóstico y pautó el tratamiento curativo o, al menos paliativo, que la Sanidad pública, pudiendo y debiendo hacerlo y a pesar de haber agotado la interesada los recursos que la misma podía llegar a ofrecerle, no llegó a alcanzar.

B) En lo que se refiere a los daños morales, cuya existencia hemos reconocido, cuantifica su indemnización la perjudicada en la suma de, al menos, 22.000 €. Sin embargo, y aunque no existe ningún parámetro seguro, ni siquiera aproximativo, para valorar daños morales de la índole de los que motivan su reclamación —recuérdese que no se trata de valorar secuelas o deterioros físicos, en ningún caso probados—, tal suma resulta, a juicio de este Consejo Consultivo, excesiva. La zozobra, inquietud o hasta desesperanza que pudieron provocar en la interesada los continuos episodios de hemoptisis durante el período de tiempo por el que reclama, en todo caso finalizados una vez obtuvo un diagnóstico preciso y un tratamiento eficaz en la CUN, deben ser indemnizadas; pero, teniendo en cuenta su entidad y duración, apreciamos como indemnización adecuada la suma de 8.000 €.

CONCLUSIONES

Primera

La pretensión de indemnización ejercitada por la reclamante debe ser estimada, puesto que dichos daños existen y son imputables al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, concurriendo los demás requisitos exigidos por la ley para que nazca la obligación de indemnizar el daño por la Administración.

Segunda

La cuantía de la indemnización debe fijarse en la cantidad de 10.446,09 € (2.446,09 € por reintegro de gastos satisfechos al Centro sanitario privado que diagnosticó su dolencia y pautó su tratamiento; y 8.000 €, por daños morales), 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 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