

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. 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. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

107/08

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. M. N. del R. de la Santísima Trinidad en reclamación de los daños y perjuicios consecuencia de la asistencia recibida en el Servicio Riojano de Salud.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

Mediante escrito registrado de entrada el 8 de agosto de 2007, D. M. N. del R. de la Santísima Trinidad plantea reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, reclamando se valore y se le restituya el tratamiento anterior a la operación, así como ésta y el postoperatorio que fuere necesario, llevados a cabo en la Medicina privada a la que se vio obligada a recurrir por la actuación negligente y errónea de los servicios del Hospital *San Pedro*.

En su escrito, en síntesis, la reclamante expone que, como consecuencia de un accidente doméstico, se produjo, el día 15 de junio de 2007, unas lesiones en el hombro derecho, siendo atendida ese mismo día en el Servicio de Urgencias y el 2 de julio siguiente, en Consulta de Traumatología, por la que es enviada a rehabilitación preferente; al incrementarse los dolores físicos y no tener noticias de la rehabilitación prescrita, acude a una consulta privada, en la que se le prescriben 8 ó 10 sesiones y, de no mejorar, se le indica que sería precisa una intervención quirúrgica, intervención que se le practica el 31 de julio.

Acompaña a su escrito: i) informe de Asistencia en Urgencias, de fecha 15/06/2007 ii) listado de notas del Servicio de traumatología, que recoge las consultas de 26 de junio y 2 de julio de 2007; iii) informe de alta médica relativa a la artroscopia realizada en la Clínica *Los Manzanos*, de fecha 31/07/2007, suscrito por el Dr. P.-E. M. y iv) informe de consulta del Servicio de Traumatología del Hospital *San Pedro*, de fecha 06/08/2007.

Segundo

Con fecha 29 de agosto de 2007, el Jefe del Servicio de Asesoramiento y Normativa se dirige a la interesada requiriéndole para que, en el plazo de 10 días, proceda a la evaluación económica de los daños, con la advertencia de que, si no lo hiciere, se le tendrá por desistida de la petición, previa Resolución que se dictará al efecto.

Tercero

Con registro de entrada de 10 de septiembre, presenta la interesada una carta manuscrita, justificando los gastos ocasionados hasta la fecha mediante la presentación de 6 facturas, cuyo importe total es de 5.953, 37 €, cifra que no coincide con el total fijado en la carta en letra y número, y que tampoco coinciden entre sí.

Cuarto

Mediante Resolución de 12 de septiembre de 2007, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día de registro de entrada en la Consejería de Salud del escrito de subsanación, y se nombra Instructora a D. C. Z. M.

Por carta de la misma fecha, se comunica a la interesada la iniciación del expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992. Y, con la misma fecha, se remite a la Compañía de seguros Z. copia de la reclamación presentada.

Quinto

Mediante comunicación interna del mismo 12 de septiembre, la Instructora se dirige a la Dirección-Gerencia del Hospital *San Pedro* solicitando cuantos antecedentes, datos e informes estime de interés relacionados con la asistencia sanitaria prestada a la interesada en el Servicio de Traumatología; una copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada exclusivamente; en particular, informe de los Facultativos intervinientes en la asistencia que se reclama; y el parte de reclamación adjunto cumplimentado, uno por cada profesional implicado en los hechos reclamados.

Sexto

Mediante escrito de 16 de octubre de 2007, la Gerencia de Área remite a la Secretaría General Técnica la documentación solicitada, que incluye historia clínica de la paciente y sendos informes del Dr. P. y de la Dra. V.

Séptimo

Con fecha 30 de octubre de 2007, la Instructora remite el expediente a la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones, a fin de que, por el Médico Inspector que corresponda, se elabore el pertinente informe.

El informe, emitido el 25 de enero de 2008, tan sólo se plantea la posibilidad de que concurra causa para la reclamación de los gastos de rehabilitación, pero matizando que no hubo reclamación o queja y la rapidez con que decidió acudir a la Medicina privada, sólo dos días después de que en la consulta pública se recomendara rehabilitación preferente.

En los demás extremos, destaca la coincidencia de diagnóstico y opciones de los dos Facultativos, el del Servicio Público de Traumatología y el privado, y rechaza la calificación como “negligente y errónea” de los servicios del Hospital *San Pedro*.

Octavo

El 30 de enero de 2008, la Instructora remite copia de la documentación relativa a la reclamación a la Correduría de Seguros A.G. y C., obrando a continuación en el expediente el dictamen médico emitido a instancia de la Aseguradora, de fecha 14 de marzo de 2008, que establece las siguientes conclusiones:

“1. D. M. del Río sufrió un traumatismo de hombro con luxación posterior y fractura de troquíter. Se realizó, en el momento de la urgencia, reducción de la luxación y estudio de imagen radiográfico y ECO, en la que se determina la existencia de fractura de troquíter y calcificaciones.

2. La fractura de troquíter estaba ascendida hacia la cabeza y con tres fragmentos pequeños que eran susceptibles de retirada por artroscopia si provocaban bloque, lo que sucedería con cierta posibilidad.

3. A los dos días de ser solicitada la rehabilitación preferente, la enferma optó por asistir a la Sanidad Privada, donde siguió tratamiento y se la realizó artroscopia, que no era de urgencia vital.

4. La asistencia a Sanidad Privada la realizó de forma voluntaria y en razón de su principio de autonomía y no consta en la documentación autorizada por parte del Servicio de Sanidad de La Rioja, por lo que consideramos que no procede el reembolso de los gastos por la asistencia en la

Medicina Privada, puesto que todos los gestos terapéuticos que se realizaron podrían haberse hecho en la Sanidad Pública por profesionales altamente cualificados”.

Noveno

Mediante escrito de 10 de abril, la Instructora se dirige a la reclamante dándole trámite de audiencia y, el siguiente día 24, en respuesta a su solicitud telefónica de la misma fecha, se le remite copia del expediente, sin que se hagan posteriormente alegaciones ni aportación de nuevos documentos o pruebas.

Décimo

Con fecha 17 de julio de 2008, la Instructora del expediente emite Propuesta de resolución del siguiente tenor: “ *Que se desestime la reclamación que por responsabilidad patrimonial de esta Administración formula D^a Modesta Natividad del Río de la Santísima Trinidad, en la cual solicita una cuantía indemnizatoria de 5.953,37 €, en concepto de reintegro de gastos sanitarios, porque no ha quedado acreditado que se cumplan los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para que proceda tal reintegro”.*

Décimo primero

El Secretario General Técnico, el día 18 de julio, remite a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, para su preceptivo informe, el expediente íntegro, informe que es emitido favorablemente el día 24 de julio de 2008.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 29 de julio de 2008, registrado de entrada en este Consejo el día 30 de julio de 2008, el Excmo. Sr. Consejero 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 de 31 de julio de 2008, registrado de salida el día 4 de agosto de 2008, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja 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 el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

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, 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.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, 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 D.A. 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, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 €.

Al ser la cuantía de la reclamación superior a 600 €, nuestro dictamen resulta preceptivo.

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 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 LRJ-PAC) 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 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 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

Teniendo en cuenta la pretensión deducida en el escrito inicial de la reclamación (*“que se valore y se restituya el tratamiento anterior a la operación, la operación y el postoperatorio que fuere necesario”*), no cabe duda de que se trata de una petición de reintegro de gastos médicos, los causados en la Medicina privada a la que recurre la interesada por el retraso, según aduce, en ser citada para la rehabilitación que se le había prescrito. Así lo confirma el que, cuando se le requiere para que evalúe económicamente los daños cuya reparación solicita, presenta un escrito al que acompaña las facturas de la intervención quirúrgica y anestesia, estancia y gastos de la Clínica *Los Manzanos*, ortopedia y rehabilitación.

Limitada la posibilidad del reintegro de gastos médicos, a partir del Real Decreto 63/95, a los supuestos de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, en los otros supuestos que se tenían en cuenta con anterioridad a esta norma, los de denegación de asistencia y error de diagnóstico, sólo podrá obtenerse el resarcimiento de los gastos ocasionados por la Medicina privada vía responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento del Servicio Público Sanitario, posibilidad respecto de la cual la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 2004, con cita de otras, ha cuidado de advertir que, en ningún caso, es posible que el reintegro de gastos sirva para justificar el ejercicio por el paciente de un derecho de opción entre la asistencia prestada por la sanidad pública o por la sanidad privada.

Y esto es, a nuestro entender, lo que ha ocurrido en el caso que dictaminamos. La reclamante es atendida en el Servicio de Urgencias el 15 de junio de 2007, se le reduce la luxación del hombro derecho y se procede a una posterior inmovilización tipo *sling*, aconsejando revisión en Consulta externa de Traumatología en 7 ó 10 días; es citada a dicha consulta el siguiente día 26, haciendo constar el Facultativo en la nota de la consulta: *“Buena evolución clínica. Fragmento óseo en desfiladero subacromial, que puede precisar artroscopia para exéresis si la limitación funcional que se va a producir es dolorosa”*; atendida de nuevo en la Consulta de Traumatología el 2 de julio, la nota de consulta refiere lo siguiente: *“17 días de evolución. Retiro sling. Colocar cabestrillo. En 2 ó 3 días podrá estirar el codo y empezar ejercicios de balanceo del hombro, así como intentar comer, atarse el sujetador y peinarse. Envío a rehabilitación preferente”*.

Según la propia interesada, “*al incrementarse los dolores físicos y no tener noticias de la rehabilitación ordenada por el doctor*”, decide acudir a la Medicina privada, en la cual se le prescriben 8 ó 10 sesiones de rehabilitación y, si no se producía ningún tipo de mejoría, habría que proceder –dice- a la operación de la parte afectada.

Sin embargo, de la documentación aportada por ella, resulta que la interesada inicia las sesiones de rehabilitación el día 4 de julio, sólo dos días después de la consulta en la que se le propuso para rehabilitación preferente, lo cual significa que no había habido tiempo material para ser citada a rehabilitación y, consiguientemente, que no cabe hablar de denegación de asistencia. Y tampoco nos encontramos en un supuesto de error de diagnóstico ni de tratamiento, porque tanto uno como otro son coincidentes en la Medicina pública y en la privada.

En efecto, el diagnóstico (“*luxación con calcificación precisada ecográficamente y rotura de troquíter*”) y la inmovilización realizados en el Servicio de Urgencias fueron correctos, la cita a Consulta externa de Traumatología en el plazo previsto; y, ya en la primera consulta, se advierte la posibilidad de que pueda precisarse la intervención quirúrgica que, en definitiva, se le practicó en la medicina privada, la artroscopia para exéresis, si la limitación funcional que se iba a producir resultaba dolorosa. Una vez retirado el *sling*, el 2 de julio, se propone rehabilitación. Ninguna de estas actuaciones y diagnóstico son puestos en tela de juicio, sino más bien ratificados, por el Dr. Pérez-España, que atendió privadamente a la reclamante y en cuya consulta recibió ésta diez sesiones de rehabilitación, siendo intervenida posteriormente por dicho Facultativo en la Clínica *Los Manzanos* de una artroscopia, la intervención ya sugerida como posible el 26 de junio por el Servicio Público de Traumatología.

A la vista de este resumen, llegamos a la conclusión de que la paciente ejercitó aquel derecho de opción del que, según la Sentencia antes citada, carece, pretendiendo ahora el reintegro de gastos médicos ocasionados por la sanidad privada.

Como dice la Propuesta de resolución, el abandono de la sanidad pública fue decisión voluntaria de la paciente, sin que estuviera justificada por una desatención o una mala práctica médica

CONCLUSIONES

Única

Procede desestimar la reclamación planteada, al no concurrir los requisitos que justifican el reintegro de gastos médicos, ni existir relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada por los servicios públicos, totalmente ajustada a la “*lex artis*”, y el daño cuyo resarcimiento se interesa

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