

Expediente Núm. 32/2008
Dictamen Núm. 119/2008

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de diciembre de 2008, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 6 de febrero de 2008, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en un hospital público de la Comunidad Autónoma.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 11 de octubre de 2006, el interesado y quien dice ser su representante presentan, en el registro de la Administración del Principado de Asturias, una reclamación de responsabilidad patrimonial por lo que considera una defectuosa asistencia sanitaria, por desatención y error diagnóstico, lo que le habría obligado a acudir a los servicios médicos privados, solicitando por esta vía el reembolso de los gastos ocasionados.

Inicia el escrito resumiendo los motivos de la reclamación, que se concretan en no haber recibido “la acción curativa necesaria para restaurar (su) salud”, y con ello “la capacidad laboral perdida”. También en “haber recibido una asistencia sanitaria inadecuada basada en un error de diagnóstico”, ya que, según el reclamante, la Administración se negó a la intervención “cuando era el único tratamiento a seguir el quirúrgico, oponiéndose posteriormente al abono de los gastos” generados en un hospital privado.

En cuanto a los hechos, relata que el día 31 de enero de 2005 acude al médico de familia aquejado de fuerte dolor lumbar que le impedía deambular sin ayuda, y se le diagnostica “lumbalgia, con prescripción de analgésicos y antiinflamatorios causando baja laboral”. Ante la persistencia de la dolencia, es “remitido al Servicio de Neurocirugía” del Hospital Añade que, tras las pruebas realizadas, “por los facultativos del INSS se informa que no se ve canal estrecho, dándole el alta hospitalaria el 19 de abril”. Se le deriva al Servicio de Rehabilitación y a la “Unidad del Dolor”, donde se le pautan diversos tratamientos hasta septiembre de 2005. Destaca que “todos los servicios médicos que se encargaron de la situación clínica del paciente” únicamente prescribieron “especialidades farmacológicas de efectos analgésicos, sin que hubieran propiciado resultado favorable pues la deambulación continuaba siendo asistida y el dolor en aumento, hasta el punto de hacerse necesaria la dispensa de morfina al paciente en aplicación continua”.

Ante esta “situación de progresivo deterioro físico”, acude a “los servicios de la medicina privada”, donde se le informa “sobre la existencia de hernias discales y pinzamientos en la zona lumbar; y también se le manifestó que de la observación de aquella resonancia magnética que había sido efectuada” por la sanidad pública, en “abril de 2005, se refleja la existencia de deshidratación del disco L4-L5, pinzamiento del disco y ligera protrusión y estenosis a este nivel, diagnóstico que entra claramente en contradicción con el emitido por el Servicio de Reumatología de 19 de abril de 2005 en el que se estimaba ‘no se ve canal estrecho’”. Según el interesado, el informe privado concluye proponiendo una

intervención quirúrgica, consistente en una “fijación transpedicular L4-L5 con distracción”.

Señala a continuación que con este informe se dirige al Servicio de Traumatología, sin que se ponga a su disposición la posibilidad de ser intervenido dentro del servicio público. El día “11 de octubre de 2005 pone en conocimiento del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por escrito, la necesidad” de someterse a “tratamiento quirúrgico”, y solicita “autorización para recibir esta prestación por la medicina privada con cargo a la Seguridad Social; subsidiariamente interesó que por el (traumatólogo del que le atendía) se le realizara la intervención”. Dicha petición fue desestimada y “en fecha 21 de octubre de 2005 se presentó reclamación previa”, denegada por Resolución dictada por delegación de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias de “4 de enero de 2006”. Formulada demanda ante la jurisdicción social, fue desestimada “apreciando de oficio la excepción de falta de acción”.

Con fecha “25 de octubre de 2005, y como estaba previsto (...) y anunciado al SESPA, se llevó a efecto la intervención referida”, practicándosele “abordaje por vía posterior a nivel L4-L5, liberación de la raíz y saco dural, de severa estenosis que el paciente padecía y se procede a fijación transpedicular” a ese nivel “recibiendo el alta hospitalaria el 31 de octubre de 2005”, refiriendo a continuación una apreciable mejoría de sus síntomas, por lo que entiende que “queda demostrada la necesidad y eficacia del tratamiento quirúrgico”; tratamiento” que “no le fue ofrecido tras nueve meses de grave quebranto en su salud (...) en el servicio sanitario público”.

Afirma también que, “estando programada en fecha 5 de diciembre de 2005 consulta en el Servicio de Traumatología del (.....), en la misma se le indica al paciente que el seguimiento de la intervención la debe efectuar en la clínica de Madrid, denegándole la realización de pruebas radiológicas”.

Detalla a continuación los gastos ocasionados que reclama, precisando que todos ellos han sido abonados por el interesado, cuantificándolos en diecisiete mil trescientos un euros (17.301 €). Añade que una parte de los

mismos fueron reclamados al Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA), que "resolvió denegando el reintegro aduciendo que el reclamante actuó por iniciativa propia, sin que pueda constatarse error de diagnóstico ni terapéutico por parte de los servicios sanitarios públicos".

Concluye que "ante esta actuación administrativa que nos remite nuevamente a la jurisdicción social se opta por instar procedimiento de responsabilidad patrimonial una vez terminado el tratamiento y concluidas las revisiones oportunas, reclamando el íntegro de gastos realizados por inadecuada intervención del SESPA", al existir una relación de causalidad entre el daño y la actividad de la Administración sanitaria.

Junto con el escrito de reclamación presenta copia de diversos documentos y facturas. Entre ellos: a) Un informe del centro "Ciencias Neurológicas S. C.", de fecha 27 de septiembre de 2005, donde se recoge, entre los antecedentes, una "RM de columna lumbar (19/4/05), deshidratación del disco L4-L5, pinzamiento del disco y ligera protrusión y estenosis a ese nivel", y la valoración de unas radiografías dinámicas de tórax realizadas en el mismo centro, en la que se concluye que "no se observan alteraciones en la estática de la columna". Como "sugerencias", se añade que "en estas condiciones y ante el fracaso (de) los tratamientos médicos realizados, nosotros creemos que la única solución, es someterse a una fijación transpedicular L4-L5 con distracción". b) Un informe del cirujano particular que practica la operación, de 15 de noviembre de 2005, en el que se afirma que "con fecha 25-10-05 es intervenido quirúrgicamente, bajo anestesia general se practica abordaje por vía posterior a nivel L4-L5, liberación de la raíz y saco dural de severa estenosis que el paciente padecía y se procede a fijación transpedicular a nivel L4-L5 con sistema de titanio Optima./ La evolución del paciente fue satisfactoria siendo dado de alta el 31-10-05".

2. Mediante escrito notificado el día 23 de octubre de 2006, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica a la representante del interesado la fecha de recepción de su reclamación en el

Principado de Asturias y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará en dicho Servicio. Asimismo, le indica que “transcurridos seis meses, a contar desde el día siguiente al de recibo de la presente notificación, o el plazo que resulte de añadirles un periodo extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada su solicitud”, y le señala que dispone de diez días “para acreditar su capacidad de representación”.

El día 24 de octubre de 2006 comparece en las dependencias administrativas el interesado y otorga poder a quien suscribe el escrito inicial en calidad de representante “para formular dicha solicitud, entablar recursos, desistir de acciones o renunciar a derechos (...) en el presente procedimiento”.

3. Mediante escritos de 27 de octubre de 2006, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Unidad de Coordinación de Prestaciones del SESPA una “copia de la documentación” que, relacionada con la reclamación, exista en esa Unidad, y a la Dirección Gerencia del que remita “la historia clínica obrante en ese centro, así como un informe actualizado del Servicio de Traumatología”.

4. Con fecha 30 de octubre de 2006, el Secretario General del remite al Servicio instructor una copia, entre otros documentos, de la historia clínica del interesado.

5. Mediante escrito de 3 de noviembre de 2006, el Secretario General del remite al Servicio instructor una “copia del informe del Servicio de Traumatología I que atendió” al interesado, suscrito por el Jefe de dicho Servicio. En él se señala que el reclamante “ha sido tratado por los Servicios de Neurocirugía I, Neurología, Rehabilitación, Unidad del Dolor y Cirugía Ortopédica y Traumatología I del”, y que, “según nuestro criterio, la actuación (...) del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología I ha sido de consultor y correcta”.

6. Con fecha 6 de noviembre de 2006, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales del SESPA remite al órgano instructor una copia de la documentación "sobre (...) reintegro de gastos promovido" por el interesado, entre la que se encuentra la Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 4 de Oviedo, de marzo de 2006, que aprecia falta de acción en la impugnación de la Resolución de la Dirección Gerencia del SESPA, de fecha 4 de enero de 2006.

7. Mediante escrito de 13 de noviembre de 2006, el Servicio instructor solicita a la Dirección Gerencia del una ampliación del informe emitido por el Jefe del Servicio de Traumatología I, en relación con las afirmaciones del reclamante acerca de determinadas actuaciones del especialista que le atendió en dicho Servicio. El día 18 de noviembre de 2006, el mencionado Jefe de Servicio emite un nuevo informe en el que indica que el especialista al que se refiere el interesado "ha actuado correctamente al dar una opinión sobre un paciente que estaba a cargo (de otro especialista, un neurocirujano), sin tratar de retenerlo".

Adjunta al informe: a) Varias fotocopias del curso clínico del interesado en el Servicio de Neurocirugía II del b) Un informe de consultas externas de dicho Servicio, de fecha 23 de junio de 2005, donde se le diagnostica "discartrosis múltiple, con severas alteraciones de la estática lumbar" y se le recomienda un "tratamiento crónico por Traumatología, Rehabilitación, Unidad del Dolor y Neurocirugía". c) Un informe de "consultas de Traumatología", con anotaciones correspondientes a los días 16 de mayo, 5 de septiembre y 5 de diciembre de 2005; en la primera de ellas se recoge que "mejora con Galaxdar"; en la segunda, que "hizo sin mejoría rehabilitación. (Inyecciones epidurales sin mejoría", y en la tercera, que fue "operado de estenosis (artrodesis)" y "mejoría importante". d) Un informe de alta del Servicio de Reumatología, de fecha 19 de abril de 2005, suscrito por una médica interna residente, en el que aparece anotado como dato complementario "RNM CV lumbar con gadolinio (informe oral): resto de herniación discal. No se ve canal estrecho". Sobre la evolución, comenta que "el paciente pesentaba trocanteritis

dcha. realizándose infiltración con gran mejoría clínica”. Como diagnóstico principal figura “lumbalgia” y como secundarios “los previos”.

8. Con fecha 28 de noviembre de 2006, el Servicio Instructor se dirige al Secretario General del solicitando un informe del Servicio de Neurocirugía sobre la “asistencia prestada al reclamante y si consideran que la patología que presentaba tenía como única alternativa terapéutica la cirugía vertebral y en caso de ser así si ésta se le ofertó”. El día 13 de diciembre de 2006, el Secretario General del remite el informe suscrito por el Jefe del Servicio de Neurocirugía. En él se indica que el paciente fue intervenido en dicho Servicio de hernia discal, y que “desde el año 98 ha continuado con molestias lumbares, cambiantes”, mostrando los estudios realizados “una insuficiencia vertebral lumbar, sin que existiesen hernias discales activas que justificasen una nueva intervención”. Afirma que “fue remitido al Servicio de Traumatología para valoración (por el médico cuestionado) de la conveniencia de realizar una artrodesis lumbar./ Fue visto por dicho Dr. el 16 de mayo” de 2005, “que le inició tratamiento con Galaxdar, con lo que encontró poca mejoría acudiendo a revisión de nuevo el 5-9-05 (...). La siguiente visita al Servicio de Traumatología la realiza el 5-12-05 refiriendo que le han operado en otro centro, mediante la artrodesis (...) y con importante mejoría”.

A modo de conclusiones, señala que “para el tratamiento de la insuficiencia vertebral que presentaba” yo lo derivé al referido doctor; que desconoce si dicho doctor “indicó la posibilidad de cirugía, ya que no se encuentra” recogido en la “historia este extremo”, y que “en ningún momento fue remitido a operarse en otro centro por el firmante de este escrito”.

9. Con fecha 28 de diciembre de 2006, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto elabora el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él detalla, pormenorizadamente, la asistencia prestada al interesado, señalando que, “operado por el Servicio de Neurocirugía ya en 1996 (...), en 2005 estuvo ingresado para estudio de su lumbalgia en el Servicio de

Reumatología. Fue seguido de manera continuada por el Servicio de Neurocirugía quien no consideró su situación subsidiaria de indicación quirúrgica y solicitó consultas a los Servicios de Rehabilitación y Traumatología". Después de ser pautadas tres "infiltraciones epidurales", el "27 de junio de 2005 se señala que el paciente tuvo importante mejoría de los síntomas (...). También fue visto en consultas externas de Traumatología el 16 de mayo y el 5 de septiembre de 2005 (...). La siguiente anotación del curso clínico es del 5 de diciembre de 2005 y en ella se reseña que el paciente fue intervenido el 25 de octubre, practicándosele una artrodesis L4-L5".

A la vista de ello, concluye el Inspector informante que "se optó por un tratamiento conservador (...), mientras que el paciente prefirió voluntariamente someterse privadamente a un tratamiento quirúrgico". En el apartado relativo a la "valoración", describe los procedimientos iniciados por el interesado para ser intervenido quirúrgicamente en la medicina privada y para el resarcimiento de los gastos que ello le ocasionó, ambos resueltos en sentido desestimatorio, y considera que "la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los criterios de la lex artis". Termina afirmando que el reintegro de gastos que solicita el reclamante de nuevo por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración carece de fundamento, porque "acudió voluntariamente y de motu propio a los servicios de la medicina privada", sin que el presente supuesto se encuentre incluido entre los previstos en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, para el reembolso de gastos.

10. Con fecha 28 de diciembre de 2006, el Jefe del Servicio instructor remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del SESPA y de todo el expediente a la correduría de seguros correspondiente.

11. Con fecha 22 de enero de 2007 una asesoría privada elabora un dictamen, incorporado al expediente a instancia de la compañía aseguradora, según se

indica en la propuesta de resolución, suscrito colegiadamente por tres especialistas, dos de ellos en Traumatología y Ortopedia y uno en Traumatología y Cirugía Ortopédica.

El dictamen coincide en lo sustancial con el informe técnico de evaluación y concluye señalando que “no existe error diagnóstico pues la valoración clínica y los estudios de imagen efectuados no indican la cirugía en la lumbalgia que presenta por inestabilidad, no encontrando estenosis del canal en la RMN. La técnica quirúrgica efectuada se hace en el sistema público”.

12. Mediante escrito fechado el día 15 de marzo de 2007, el Secretario General del SESPA remite al Servicio instructor un segundo “informe del Servicio de Neurocirugía”, suscrito el día 12 de ese mismo mes por quien en ese momento es el Jefe del Servicio. En él se señala la fecha de 18 de marzo de 2005 como la última de atención al reclamante, al completarse el “estudio con gammagrafía ósea”. Añade que, “en relación con el presunto error diagnóstico sobre la presencia o no de estenosis del conducto raquídeo lumbar, he revisado personalmente todos los estudios radiológicos practicados (...) y coincidido plenamente con el punto de vista del neurorradiólogo de que no se detecta canal estrecho”. Finaliza afirmando que “la cirugía propuesta -por su médico privado- (fijación transpedicular con distracción de L4-5) va más bien encaminada a expandir el espacio discal pinzado y estabilizarlo en esa posición y no a aumentar los diámetros del conducto raquídeo (lo que llamamos un recalibrado interno) que sería lo propio de una estenosis lumbar. En otras palabras, el planteamiento de la cirugía fue más de estabilizar la columna que mejorar su calibre interno”.

13. Evacuado el trámite de audiencia, con vista del expediente, mediante oficio recibido por la representante del interesado el día 9 de abril de 2007, el día 10 de ese mismo mes se persona éste en las dependencias administrativas y se le hace entrega de una copia del expediente, compuesto en ese momento por

ciento setenta y un (171) folios, según consta en la diligencia incorporada al mismo.

14. El día 27 de abril de 2007, la representante del interesado presenta en el registro del SESPA un escrito de alegaciones. En él indica que el paciente “manifestó en reiteradas ocasiones la claudicación motora de los miembros inferiores, lo que llevó al especialista (...) a señalar como causa del dolor probable estrechez del canal el 13 de abril de 2005”, y que “en este diagnóstico (se) insiste el 15 de abril siguiente (...), pendiente de RNM por probable estrechez de canal”. Resalta, a continuación, que el informe “correspondiente a la RNM, que es la piedra angular del tratamiento erróneo, no consta en el expediente”, y entiende “que en esta prueba de RNM de 14 de abril de 2005 radica el error de diagnóstico”.

Posteriormente, señala que “en ningún momento se ha valorado por el traumatólogo la conveniencia de realizar una artrodesis al paciente, aun habiendo sido sugerida por el neurólogo”. Afirma que el “médico particular que operó y restableció la salud al reclamante, al observar la prueba referida, RM de 19/04/05, sí ha advertido: deshidratación del disco L4-L5; pinzamiento, ligera protusión y estenosis a ese nivel”. Solicita por ello que se incorpore al expediente “la gráfica y su correspondiente informe del especialista, no llegando a comprender esta parte que se hubiera informado a los médicos oralmente”.

Sobre los tratamientos pautados, considera que fueron ineficaces “durante más de nueve meses”, y que “no consta en el expediente documento alguno que recoja importante mejoría del paciente”, en contra de lo que se afirma en el informe técnico de evaluación. Añade que “no conforme con la expectativa de vida, que lo único que le ofrecían los médicos era tratamiento crónico, acudió a la medicina privada”, donde se le informó de que “el único tratamiento que podía resolver su padecimiento era la operación transpedicular”; operación que “se le negó dentro del sistema de la Seguridad Social. A su juicio, el “..... ha fallado primero en el diagnóstico, por lo que los

tratamientos prescritos eran únicamente paliativos”, y una “segunda acción incorrecta y perjudicial para el recurrente, que no tenía obligación de padecer, es la posterior denegación de los medios necesarios para la recuperación de la salud”.

Finalmente, después de contradecir determinadas afirmaciones que se contienen en dictámenes e informes que obran en el expediente, solicita que se admitan diversos medios de prueba. Entre los de tipo documental, “que se aporte al expediente el documento de imagen y el correspondiente informe del médico radiólogo de la RMN efectuada el 14 de abril de 2005”. Además, que “se tome declaración testifical al médico” que atendió al interesado en el Servicio de Traumatología, para que responda a las siguientes preguntas: “1º.- Diga ser cierto que el paciente (...) ha puesto en conocimiento de usted el informe médico (privado) en el que (se) señalaba como único tratamiento la intervención quirúrgica de fijación de las vértebras L4-L5./ 2º.- Diga ser cierto que se lo comunicó a principios del mes de septiembre de 2005. 3º.- Diga ser cierto que (...) usted le manifestó que esa operación también (...) se la podía hacer usted, pero no dentro del sistema de la Seguridad Social”.

15. Con fecha 2 de mayo de 2007, el Servicio instructor remite copia de las alegaciones presentadas a la compañía aseguradora y a la correduría de seguros respectiva.

16. Con fecha 18 de mayo de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias resuelve, en relación con las pruebas solicitadas, admitir las que son de controversia, por lo que se “procede a abrir un plazo de treinta días” para su realización. En esa misma fecha, solicita a la Gerencia del el envío de la imagen de la RNM efectuada al paciente el día 14 de abril de 2005 y su correspondiente informe, y que se tome declaración al facultativo indicado, para que responda a las tres cuestiones planteadas por la representante del interesado.

17. Mediante escrito de 25 de mayo de 2007, el Secretario General del remite al Servicio instructor la imagen de la RNM y su informe correspondiente. Este último se refiere a un "TC de articulaciones sacroilíacas", solicitado el día 14 de abril, realizado ese mismo día, e informado al siguiente, en el que se recoge que "no se observan alteraciones en superficies articulares de los huesos de la articulación sacroilíaca./ Impresión diagnóstica:/ normal". El documento aparece rubricado y en él figura el nombre del especialista.

18. Con fecha 25 de mayo de 2007, la representante del interesado presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que solicita que se proceda a corregir la literalidad de la segunda pregunta dirigida al testigo, sustituyendo el mes de "septiembre" por el de "octubre". El Servicio instructor comunica dicha modificación a la Gerencia del mediante escrito de 11 de junio siguiente, y, con esa misma fecha, el Secretario General del remite al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias el resultado de la prueba ya practicada, que se contiene en un informe suscrito, el día 7 de junio de 2007, por el especialista del Servicio de Traumatología que trató al interesado. En él relata las tres ocasiones en las que atendió al reclamante (16 de mayo, 5 de septiembre y 5 de diciembre de 2005), señalando que en la última refiere "haber sido operado el 25 de octubre". En respuesta a las preguntas concretas que se le formulan, manifiesta: "1. No puede recordar si se me presentó informe del (médico privado), ya que no lo tengo recogido en la historia clínica./ 2. No puede recordar cuándo me lo comunicó, si es que así fue. 3. Yo trabajo en el sistema público y privado y nunca he propuesto realizar intervenciones fuera del sistema público si es que los pacientes pertenecen al mismo".

19. Evacuado un segundo trámite de audiencia, con vista del expediente, mediante oficio recibido por la representante del interesado el día 20 de junio de 2007, el día 22 de ese mismo mes se persona éste en las dependencias administrativas y se le hace entrega de una copia de los nuevos documentos

incorporados al expediente, entre ellos, una "radiografía".

20. El día 28 de junio de 2007, la representante del reclamante presenta en el registro del SESPA un segundo escrito de alegaciones en el que señala, en primer lugar, que no se ha aportado al expediente "el informe médico del radiólogo correspondiente a la RNM solicitada el 14 de abril de 2005 pero 'efectuado el 19 de abril de 2005'", por lo que reitera su solicitud en el sentido de que debe incorporarse dicha documentación.

Insiste en que el doctor interrogado le habría ofrecido al interesado "realizar tal intervención en su clínica privada", y que sus declaraciones, "refiriendo abiertamente haber sido valorado por él y tratado con Galaxdar y corsé tipo BOB", contradicen el informe elaborado por el Jefe del Servicio respectivo, en cuanto que se afirmaba en el mismo que "sólo habría intervenido únicamente para dar una opinión de un paciente ajeno".

21. Con fecha 4 de julio de 2007, el Servicio instructor solicita a la Gerencia del una copia de la RNM realizada "el día 19 de abril de 2005, así como el informe correspondiente a la misma".

El día 12 de julio de 2007, el Secretario General del remite al Servicio instructor una "copia de la RNM realizada "el 18 de abril de 2005, así como de los documentos en los que se hace mención a que fue informada de forma oral". Acompaña el informe de alta del Servicio de Reumatología, de fecha 19 de abril de 2005; la hoja de "petición de estudios complementarios"; la anotación del curso clínico correspondiente al día 19 de abril de 2005, en la que se refleja "RM (informe oral): restos de herniación discal. No se ve canal estrecho", y una carpeta del Instituto Nacional de Silicosis, que se refiere a "5 placas./ Expte.", aunque sin contenido alguno.

22. Evacuado un tercer trámite de audiencia, con vista del expediente, mediante oficio recibido por la representante del interesado el día 4 de octubre de 2007, el día 5 de ese mismo mes se persona éste en las dependencias

administrativas y se le hace entrega de una copia de los nuevos documentos incorporados al expediente.

23. Con fecha 18 de octubre de 2007, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un nuevo escrito de alegaciones en el que pone de manifiesto, en primer lugar, lo que considera “reiterada negativa del SESPA en remitir la prueba solicitada, informe médico del radiólogo correspondiente a la RNM solicitada el 14 de abril de 2005 pero ‘efectuado el 19 de abril de 2005’”.

En segundo lugar, analizando el informe del Jefe del Servicio de Neurocirugía, de fecha 12 de marzo de 2007, señala que, “como recoge el informe del médico privado, era necesario efectuar esta intervención quirúrgica que el paciente ha reclamado, porque no existía otro tratamiento adecuado para restaurar la sanidad (...) o, al menos, si había otro tratamiento, éste no fue puesto al servicio del enfermo quien, reiteramos, recibía tratamiento paliativo únicamente desde el mes de junio”.

En tercer lugar, señala el interesado que el informe de alta del Servicio de Reumatología del, de fecha 19 de abril de 2005, que se le entregó en su momento “es bien distinto al que aparece en el expediente”. Indica como diferencias, por un lado, la firma, “en el que se recoge en los autos, lo firma la doctora” y “el que se aporta en este acto lo firma el propio médico responsable (del Servicio)”; por otro, el contenido, “el diagnóstico secundario que recoge el informe que se aporta expresa: existe la Rx y la clínica reveladoras de (síndrome) de conducto lumbar estrecho”.

A la vista de ello, solicita “una ampliación de prueba en la que el propio (Jefe del Servicio) ha de personalmente reconocer su firma en el documento que se aporta (...), así como el reconocimiento del contenido del informe sobre el diagnóstico secundario”, y que “una vez reconocida la existencia de conducto lumbar estrecho, piedra angular del presente expediente, se admita la reclamación presentada”.

Junto con el escrito aporta una copia del informe de alta indicado, donde

se recogen como “diagnósticos secundarios: los previos. Existe la Rx y la clínica reveladoras de (síndrome) de conducto lumbar estrecho”; informe, al menos en apariencia, rubricado por persona distinta a la que aparece en otras copias incorporadas al expediente.

24. Con fecha 8 de noviembre de 2007, el Servicio instructor solicita al Jefe del Servicio de Documentación Clínica del que “intente aclarar los motivos por los que se proporcionó al paciente un informe diferente al que consta en la historia clínica y cuándo se pudo efectuar dicha modificación”, y que “se revise nuevamente la (historia) clínica y el archivo informático del centro” en relación con el “informe de la RNM efectuada el 18 de abril de 2005”.

25. Con fecha 13 de noviembre de 2007, el Responsable de Archivos y Documentación Clínica del remite al Servicio instructor un informe en el que se hace constar que “desde el año 2002 el hospital utiliza la aplicación informática HP-Doctor para la elaboración de los informes de alta de los pacientes hospitalizados. Esta aplicación corporativa del SESPA registra las claves de los usuarios que acceden a un determinado informe en una fecha concreta, pero no registra si el acceso es sólo para lectura, impresión o si además se hace alguna modificación en el texto. Por ello es imposible saber quién y en qué momento (se) modificó el informe del paciente (...) del diecinueve de marzo de 2005./ Con respecto a la RNM realizada el dieciocho de abril de 2005, existe tal como dice el paciente un informe hecho el día diecinueve (...). Dichos informes de radiodiagnóstico se elaboran también con el HP-Doctor y tienen por tanto las mismas limitaciones en cuanto al conocimiento de quién pueda modificar sus contenidos”.

Junto con el escrito, acompaña una copia del informe del Servicio de Radiodiagnóstico I, correspondiente a una RMN de raquis lumbosacro, solicitada el día 18 de abril de 2005, e informada al día siguiente. La copia que se adjunta no está firmada por ningún responsable, y finaliza con el comentario “sin observarse signos de estenosis de canal”, escrito en mayúsculas y con un

cuerpo de letra diferente al del resto del informe.

26. El día 22 de noviembre de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica a la representante del interesado un escrito en el que se indica, en relación con la “prueba consistente en que se realice una testifical a fin de que por el Jefe del Servicio de Reumatología (...) se reconozca su firma en el citado informe de alta y el contenido del mismo”, que “no es posible acceder a ella ya que actualmente se encuentra jubilado habiendo dejado de prestar servicio en la sanidad pública”.

Por otra parte, “por haberse incorporado documentación al expediente”, le remite una copia de la misma, concediéndole “un nuevo plazo de quince días para formular nuevas alegaciones”.

27. El día 30 de noviembre de 2007, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un “cuarto escrito de alegaciones”, señalando, en primer lugar, que se opone e impugna “la decisión de inadmisión de la prueba”, que reitera, a fin de que sea llamado ante el instructor el ex Jefe del Servicio de Reumatología “para que, a la vista del documento original cuya copia se ha presentado, se afirme y ratifique y reconozca su firma en el mismo”.

En segundo lugar, y en relación con el informe del Servicio de Radiodiagnóstico de fecha 19 de abril de 2005, manifiesta su intención de impugnarlo “desde este momento”, porque “se nos presenta un informe sin firmar por profesional alguno, lo que nos lleva a sospechar de su autenticidad, a negarla”. Añade que “nos sorprende que el citado informe sin firma, contenga, destacado con letras mayúsculas, el extremo discutido en este procedimiento, si hay signos de estenosis de canal o no los hay; nos extraña porque en el resto de informes (...) no se destaca extremo alguno del comentario”.

Por último analiza el contenido del informe del “Responsable de Archivos” del, recordando que, según sus propias manifestaciones, no

“puede llegar a conocer quién ni cuándo se ha realizado la modificación del documento que esta parte atribuye” al Jefe del Servicio, pues en él aparece su firma como responsable del mismo.

28. Con fecha 4 de enero de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Después de recoger pormenorizadamente los antecedentes de hecho, que en nada difieren de los referidos en los informes anteriores, los trámites procedimentales y de señalar los fundamentos jurídicos que considera de aplicación, indica, al igual que el informe técnico de evaluación, que “los servicios sanitarios públicos optaron por un tratamiento conservador mientras que el paciente prefirió voluntariamente someterse privadamente a un tratamiento quirúrgico”.

En cuanto al “presunto error diagnóstico sobre la presencia o no de estenosis del conducto raquídeo lumbar, que el reclamante considera ‘piedra angular del expediente’, resulta inequívoco el informe del Jefe del Servicio de Neurocirugía (...) cuando señala que ha revisado personalmente todos los estudios radiológicos practicados sobre la raquis lumbar y coincide plenamente con el punto de vista del neurorradiólogo de que no se detecta canal estrecho (...). La propuesta o sugerencia expresada en el informe de su médico privado se fundamenta en el fracaso de los tratamientos médicos previamente realizados, lo que da pie a una cirugía sin garantías (...). La cirugía propuesta (fijación transpedicular con distracción de L4-5) va más bien encaminada a expandir el espacio discal pinzado y estabilizarlo en esa posición y no a aumentar los diámetros del conducto raquídeo (...) que sería lo propio de una estenosis lumbar. En otras palabras el planteamiento de la cirugía fue más de estabilizar la columna que mejorar su calibre interno”.

Finaliza su propuesta afirmando que “la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los criterios de la *lex artis*” y que el interesado “acudió voluntariamente y de motu proprio a los servicios de la

medicina privada”, por lo que propone “desestimar la reclamación que por responsabilidad patrimonial (se) ha formulado”.

29. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de febrero de 2008, registrado de entrada el día 12 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, adjuntando a tal fin el expediente original.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el presente caso, se presenta la reclamación con fecha 11 de octubre de 2006, habiendo tenido lugar la intervención quirúrgica cuyos costes se reclaman el día 25 de octubre de 2005, por lo que es claro que lo fue dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que la comunicación dirigida a la representante del interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42

de la LRJPAC, incurre en error respecto a la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, que no puede iniciarse, como indica el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias, “el día siguiente al de recibo de la presente notificación”, sino, de acuerdo con el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, desde que se inició el procedimiento. En el supuesto concreto que analizamos, el procedimiento se inició a instancia de parte -a solicitud de la persona interesada y no de oficio por la Administración-, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 42, apartado 3, de la LRJPAC, el plazo máximo en el que habría de notificarse la resolución expresa se ha de contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro (legalmente constituido) del órgano competente para su tramitación.

En relación con el procedimiento instruido, observamos falta de diligencia por parte de la Administración sanitaria en orden a la aportación de la documentación requerida por el Servicio instructor, de tal forma que únicamente la perseverancia del reclamante, solicitándola hasta en cuatro ocasiones, y la insistencia del instructor permitieron su inclusión en el expediente, aunque no en su totalidad, ya que existen importantes lagunas en torno a un documento que el interesado califica como “piedra angular” de aquél. Se trata de la imagen de la resonancia magnética efectuada el día 19 de abril de 2005 y de su correspondiente informe, que, según el reclamante, demostraría el error en el diagnóstico, al no detectarse una estenosis del canal lumbar, de la que fue operado con éxito en una clínica privada. Cuando finalmente parecía cumplirse con lo solicitado, se hace entrega de una “radiografía” y de un informe de la mencionada resonancia magnética, realizado por el Servicio de Radiodiagnóstico I del, sin firma y con una anotación final escrita en un cuerpo de letra diferente, en la que consta “sin observarse signos de estenosis de canal”. A ello cabe añadir que no se ha dado cumplimiento a la solicitud del interesado de que se incorpore al expediente un informe de alta, de 19 de abril de 2005, cuya copia adjunta él a su escrito de alegaciones de 18 de octubre de 2007, y que difiere en el apartado relativo a

“diagnósticos secundarios” del informe de alta que figura en la historia clínica aportada por la Gerencia del, ya que en éste sólo se mencionan como tales diagnósticos “los previos”, mientras que en aquél se adiciona que “existe la Rx y la clínica reveladoras de (síndrome) de conducto lumbar estrecho”. En este caso, además, las firmas de uno y otro escrito de alta no coinciden, por lo que el reclamante solicitó la práctica de una diligencia de prueba consistente en que por el firmante de esta última versión del informe de alta se reconociese tanto la firma como el contenido. La Administración no aportó dicho informe ni practicó la prueba; el instructor, sin señalar que la misma resultaba “manifiestamente” improcedente o innecesaria -únicos términos en los que se expresa el artículo 80.3 de la LRJPAC, y que reitera el artículo 9 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, como motivos de denegación de la prueba instada por el particular-, desestima su realización, argumentando una supuesta imposibilidad para llevarla a efecto, como sería el hecho de que el facultativo en cuestión “se encuentra jubilado”; motivo que, por otra parte, hemos de calificar de mera conjetura, porque ni tan siquiera se ha documentado que se hubiese intentado su práctica. Incluso si tal imposibilidad se acreditase cierta (v. g. la negativa documentada del llamado a reconocer su firma), la obligación que impone el artículo 7 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial al instructor, en el sentido de que ha de realizar todos los actos de instrucción “necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”, debiera haberle conducido a arbitrar los medios de prueba necesarios para alcanzar el fin propuesto.

Estos graves defectos obligarían por sí mismos a retrotraer el procedimiento al objeto de realizar las mencionadas pruebas y este Consejo ha valorado que el principio de economía procesal no debe aplicarse cuando entra en conflicto con el de seguridad jurídica y en detrimento de aspectos o elementos preceptivos del procedimiento que se constituyen en garantía de los derechos de los particulares. Sin embargo, entendemos que, en el presente caso, puede emitirse un dictamen sobre el fondo de la cuestión planteada sin

que por ello padezcan los derechos del reclamante, si bien para ello debemos hacer una serie de puntualizaciones.

Por lo que respecta a la ausencia de firma en el informe radiológico de la resonancia magnética, consideramos que, en principio, es irrelevante, ya que estos documentos están almacenados en un sistema informático y lo que se pone a disposición del procedimiento es una copia impresa de los mismos, obtenida precisamente para su incorporación al expediente. No obstante, una lectura detallada del informe del Responsable de Archivos y Documentación Clínica del, de fecha 13 de noviembre de 2007, alerta de las posibles irregularidades que pueden producirse. Según él, la aplicación informática empleada en el archivo “registra las claves de los usuarios que acceden a un determinado informe en una fecha concreta, pero no (...) si el acceso es sólo para lectura, impresión o si, además, se hace alguna modificación en el texto”. El Responsable de Archivos no juzga si la apostilla final de dicho informe estaba ya inicialmente o es un añadido, pero, en relación con las diferencias existentes entre los dos informes de alta, afirma que, por las razones expresadas, “es imposible saber quién y en qué momento (se) modificó el informe del paciente”. Dicho responsable mantiene, con carácter general, que se pueden modificar los informes -lo cual de por sí ya es grave- y, además, da a entender que éste en concreto se modificó, sin que pueda conocerse por quién ni cuándo se hizo. Sin restar un ápice de importancia al hecho de que se puedan producir tales cambios en el contenido de los informes, porque revela que no está garantizada la inalterabilidad de los documentos archivados, lo cual urge corregir, entendemos que su opinión de que “es imposible saber quién y en qué momento modificó el informe del paciente” se contradice con lo que sostiene previamente, al afirmar que la aplicación informática “registra las claves de los usuarios que acceden a un determinado informe en una fecha concreta”. En relación con el informe de la resonancia magnética, no figura en el expediente prueba alguna de que se haya añadido en un momento posterior la frase “sin observarse signos de estenosis de canal”, que figura en un cuerpo de letra diferente. Al contrario, consta en la hoja de curso clínico del paciente en el

Servicio de Reumatología una anotación, correspondiente al mismo día en que está fechado el informe, en la que se lee “19-IV-05 RM (informe oral): restos de herniación discal. No se ve canal estrecho”.

En cuanto a los dos informes de alta, no debemos ocultar la extrañeza de que, siendo idénticos, se diferencien en la firma y, sobre todo, en los “diagnósticos secundarios”. El que se aporta formando parte de la historia clínica señala como tales diagnósticos “los previos” y el que adjunta el interesado añade a la leyenda anterior “existe la Rx y la clínica reveladoras de (síndrome) de conducto lumbar estrecho”. Pero, hemos de advertir que, en contra de lo que alega el reclamante, a él se le entregan ambos informes, el que aparece repetidamente en la historia clínica -pues lo adjunta él mismo a su escrito de reclamación-, y el que más tarde presenta con sus alegaciones. Junto a esas dos diferencias, hay una más que también es significativa, y que omite el interesado. El informe de alta que contiene aquel añadido lleva el sello de “Consulta externa de Reumatología” del, lo que puede explicar la diferente firma sobre un documento que se imprime desde un archivo informático, y que este informe de alta, pese a no variar la fecha, sea posiblemente posterior al que en hipótesis le sirve de base. Sería importante averiguar de qué fecha es realmente para saber cuándo se produce dicho cambio en el diagnóstico secundario; en todo caso, es claro que el supuesto aprovechamiento del documento de alta anterior produce una contradicción en el diagnóstico secundario que figura en el que lleva el cuño de la consulta externa. Así, la expresión “los previos” alude al diagnóstico que aparece líneas antes sobre la resonancia magnética, “RNM CV lumbar con gadolinio (informe oral): restos de herniación discal. No se ve canal estrecho”, y lo que se añade a continuación de “los previos” es precisamente lo contrario, “existe la Rx y la clínica reveladoras de (síndrome) de conducto lumbar estrecho”. Si hubiese un intento de manipulación del informe de alta, lo lógico habría sido eliminar la referencia al resultado de la resonancia magnética.

En definitiva, el reclamante ha puesto especial empeño en demostrar que el servicio público sanitario diagnosticó que no había estenosis del conducto

lumbar, y en efecto queda acreditado que así fue. Ahora bien, dado el peculiar “segundo” informe de alta, no se sabe cuándo cambia dicho Servicio de parecer, aunque resulta probado que sucede, al menos, tras la cirugía a la que se somete el paciente en una clínica privada. Cosa distinta es si ello entraña un error de diagnóstico jurídicamente relevante.

Finalmente, se aprecia que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Habiéndose presentado la solicitud en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 11 de octubre de 2006, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 12 de febrero de 2008, el plazo de resolución y notificación se ha sobrepasado. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, ya citada, establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, 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”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la

Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- El daño por el que se reclama lo constituyen los gastos desembolsados por el interesado como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que se sometió en una clínica privada, y resulta acreditado con las facturas que adjunta, sin perjuicio de una valoración más concreta si el sentido de este dictamen fuese estimatorio de la reclamación.

En realidad, lo que siempre ha pretendido el reclamante es un reintegro de gastos que, a su juicio, no tenía por qué soportar. Inicialmente intentó que se le reconociese el derecho a acudir a la medicina privada por cuenta del Servicio de Salud del Principado de Asturias, lo que le fue denegado en vía administrativa y ante la jurisdicción laboral, al apreciar ésta de oficio la excepción de falta de acción. Una vez operado en la clínica privada solicitó el

reintegro de gastos, que también fue denegado, por Resolución del Gerente del SESPA de 22 de agosto de 2006, al entender que el solicitante “acudió, por iniciativa propia, a un centro sanitario privado para someterse a consulta y tratamiento sin que pueda constatarse error diagnóstico ni terapéutico por parte de los servicios sanitarios públicos”.

La propuesta de resolución hace hincapié en estos procedimientos, y en su resultado, para apoyar su fundamento contrario a la estimación de la reclamación. Incluso establece un engarce entre el procedimiento actual y aquéllos al afirmar que, “frente a esta Resolución (de 22 de agosto de 2006), el reclamante presentó el 11 de octubre de 2006 la presente reclamación de responsabilidad patrimonial solicitando nuevamente el reintegro de los gastos derivados de su intervención en la medicina privada, a pesar de haber sido objeto de resolución expresa denegatoria”. Sin embargo, esta reclamación no se presenta “frente a” dicha resolución; se trata de un procedimiento distinto, que, como dijimos en dictámenes anteriores (por todos, Núm. 241/2006) es admisible, pero para que pueda prosperar deberán concurrir los requisitos generales para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, recogidos en la consideración Quinta de este dictamen. Por tanto, habrá que examinar si nos hallamos ante un daño relacionado causalmente con el funcionamiento del servicio público sanitario y si se trata, en su caso, de un daño que no tenga la obligación de soportar el reclamante, es decir, de un daño antijurídico.

Con carácter previo a cualquier análisis sobre el nexo causal entre estos daños y el actuar de la Administración, hemos de recordar que el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la

doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*. Este criterio opera no sólo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado para la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El interesado imputa a la Administración el no haber recibido de ella “la acción curativa necesaria para restaurar la salud del accionante” y haberle prestado “una asistencia sanitaria inadecuada basada en un error de diagnóstico”. El error consistiría en que se determinó que padecía una “lumbalgia crónica, hernia discal”, sin apreciar la existencia de una estenosis del canal lumbar. Como consecuencia, añade, que los tratamientos “se han visto limitados, exclusivamente, a especialidades farmacológicas de efectos analgésicos”, sin plantearse una intervención quirúrgica; remedio éste que, según señala, hubo de buscar en la medicina privada, consiguiendo con él una apreciable mejoría.

De la documentación obrante en el expediente resulta acreditado que el paciente, de amplio historial clínico por dolores lumbares, ingresa por este motivo en el Servicio de Reumatología del el 10 de abril de 2005. En la hoja de curso clínico correspondiente al día 13 de abril se refleja “el dolor está en relación, tal y como lo cuenta el (paciente), con probable estrechez del canal, ya (que) debe flexionarse al caminar y no tolera estar de pie. Sin irradiación”. Se le realiza el día 18 de ese mismo mes una resonancia magnética, en cuyo informe se hace constar “restos de herniación discal” y “sin observarse signos de estenosis de canal”; anotación que aparece tanto en la hoja de curso clínico correspondiente al día 19 de abril, como en el informe de alta que se le entrega al reclamante. Sin embargo, como se ha observado en la consideración Cuarta de este dictamen, uno de los informes de alta que aporta

el interesado es idéntico al anterior, pero en él figura como diagnóstico secundario “existe la Rx y la clínica reveladoras de (síndrome) de conducto lumbar estrecho”. El día 12 de marzo de 2007, a instancias del órgano instructor, emite informe el Jefe del Servicio de Neurocirugía del en el que afirma que, “en relación con el presunto error diagnóstico sobre la presencia o no de estenosis del conducto raquídeo lumbar, he revisado personalmente todos los estudios radiológicos practicados (...) y coincido plenamente con el punto de vista del neurorradiólogo de que no se detecta canal estrecho”. No obstante, en el informe de 27 de septiembre de 2005, que realiza un neurocirujano ajeno a la sanidad pública, se relatan los antecedentes clínicos del reclamante refiriendo que la valoración de la imagen de aquella resonancia magnética efectuada al paciente es “RM de columna lumbar (19/4/05), deshidratación del disco L4-L5; pinzamiento del disco y ligera protrusión y estenosis a ese nivel”, y se le propone la intervención quirúrgica. El neurocirujano que lleva a cabo dicha operación hace constar en el informe correspondiente, de fecha 15 de noviembre de 2005, que el día 25 de octubre de 2005 “es intervenido quirúrgicamente, bajo anestesia general se practica abordaje por vía posterior a nivel L4-L5, liberación de la raíz y saco dural de severa estenosis que el paciente padecía y se procede a fijación transpedicular a nivel L4-L5”, y añade que “la evolución del paciente fue satisfactoria siendo dado de alta el 31-10-05”.

Una prudente valoración de estos informes permite concluir que padecía una estenosis de conducto lumbar cuya incidencia en la salud del paciente no fue adecuadamente percibida por el servicio público sanitario, lo que pudo inducir a optar por un tratamiento meramente paliativo de la dolencia. Se trataría, en su caso, de un error en el enjuiciamiento de una prueba, e incluso de un error en el diagnóstico, teniendo en cuenta que la valoración de la imagen de la resonancia magnética estaba hecha por especialistas, a los que, dados sus conocimientos, cabe exigir un mayor rigor y precisión que a los facultativos generalistas. Aun así, el error por sí mismo no comportaría responsabilidad si no se demuestra que causó un daño, al orientar la atención

médica hacia una prestación sanitaria lesiva para la salud del paciente. De los informes obrantes en el expediente se colige que la estenosis que fue corregida en la intervención privada no implicaba necesariamente un remedio quirúrgico. La propuesta de esta medida invasiva la plantea el médico privado “ante el fracaso con los tratamientos médicos realizados”, y la solución quirúrgica no tenía por objeto directo resolver la estenosis, aunque luego se haya aprovechado para ello, sino someter al paciente “a una fijación transpedicular L4-L5 con distracción, sin que se pueda garantizar totalmente que con esta cirugía quede resuelto su tema”. Con o sin estenosis de canal lumbar, la asistencia prestada por el servicio público sanitario, basada en un tratamiento farmacológico y no quirúrgico, no cabe considerarla constitutiva de una mala praxis médica.

La propuesta de resolución sostiene, con base en el informe técnico de evaluación y en el emitido por la asesoría privada, que “los servicios públicos sanitarios optaron por un tratamiento conservador mientras que el paciente prefirió voluntariamente someterse privadamente a un tratamiento quirúrgico”. El que aquél no haya sido efectivo, mientras que éste se haya visto confirmado por una notable mejoría del paciente no convierte a la primera actuación en infractora de la *lex artis*, pues ya se ha indicado que no estamos en el presente caso ante una medicina de resultados, sino de medios. Procede, por tanto, examinar si se pusieron todos los adecuados al servicio del paciente.

La propuesta de resolución fundamenta su tesis favorable a la desestimación de la reclamación en que, como señala el informe del Jefe del Servicio de Neurocirugía de 12 de marzo de 2007, la cirugía que se ofreció en la medicina privada y que luego se practicó “(fijación transpedicular con distracción de L4-5) va más bien encaminada a expandir el espacio discal pinzado y estabilizarlo en esa posición y no a aumentar los diámetros del conducto raquídeo (lo que llamamos recalibraje interno) que sería lo propio de una estenosis lumbar. En otras palabras el planteamiento de la cirugía fue más de estabilizar la columna que mejorar su calibre interno”. Aunque pueda interpretarse de ese modo, lo cierto es que el informe del médico que realizó la

operación señala que, previamente a proceder a aquella fijación transpedicular, se practicó “abordaje por vía posterior a nivel L4-L5, liberación de la raíz y saco dural, de severa estenosis que el paciente padecía”. Además, en el informe de consultas externas del, de 5 de diciembre de 2005, el traumatólogo anota “operado de estenosis (artrodesis)” y “mejoría importante”. En todo caso, consideramos que el tiempo transcurrido entre el progresivo fracaso de la medicina paliativa aplicada en la sanidad pública y el recurso a la medicina privada para someterse a la cirugía fue relativamente corto, alrededor de dos meses. Es comprensible que el paciente desee resultados inmediatos, pero su acceso a la medicina privada no es achacable a que se le hubiese negado en la sanidad pública el tratamiento quirúrgico. Hay constancia en el expediente de que la Administración le negó la posibilidad de obtener la intervención pretendida con la celeridad con que la requería el interesado, ya que éste había planteado su pretensión como un ultimátum. La operación se realiza el día 25 de octubre de 2005 y su escrito solicitando autorización para recibir esta prestación por la medicina privada “con cargo a la Seguridad Social” y “subsidiariamente” por el, y además por el traumatólogo que le atendía, es del día 11 de ese mismo mes y año. Por tanto, no queda acreditado que se le hubiese cerrado expresamente la posibilidad de tal remedio, disponible en la sanidad pública. Como ya hemos mencionado en nuestro Dictamen Núm. 17/2006, “no se puede pretender el reconocimiento de un daño por falta de prestación cuando se prescinde de los cauces y procedimiento legales que permiten acceder al sistema prestacional y a sus garantías”.

Lo que sí se ha probado, y es aquí donde radica la responsabilidad de la Administración, es que no se le informó de manera adecuada de las alternativas al tratamiento que estaba recibiendo sin éxito. De los informes emitidos por los Jefes de los Servicios de Neurocirugía y Traumatología del se infiere una insuficiente coordinación en la prestación de asistencia sanitaria a un paciente común, como era el reclamante. En su informe de 12 de diciembre de 2006, el Jefe del Servicio de Neurocirugía señala que el paciente padecía “una insuficiencia vertebral lumbar, sin que existiesen hernias discales activas que

justificasen una nueva intervención por Neurocirugía./ Por dicho motivo, también, fue remitido al Servicio de Traumatología para valoración (por el médico cuestionado) de la conveniencia de realizar una artrodesis lumbar". Fue visto por dicho doctor el 16 de mayo de 2005, que le "inició tratamiento con Galaxdar, con lo que encontró poca mejoría acudiendo a revisión de nuevo el 5-9-05 a la citada consulta de Traumatología". A modo de conclusiones, expone que "para el tratamiento de la insuficiencia vertebral que presentaba" yo lo derivé al traumatólogo en cuestión; que desconoce si dicho doctor "indicó la posibilidad de cirugía, ya que no se encuentra referido en la historia este extremo". En cambio, en un informe anterior, de 18 de noviembre de 2006, el Jefe del Servicio de Traumatología manifiesta que el traumatólogo cuestionado ha examinado al paciente "después de haber sido visto en sucesivas ocasiones" por un neurocirujano como el que le operó en Madrid y considera que el médico de su Servicio "ha actuado correctamente al dar una opinión sobre un paciente que estaba a cargo (de otro especialista, un neurocirujano), sin tratar de retenerlo". Esta afirmación de que el traumatólogo actuó de mero consultor de un paciente ajeno queda contradicha por la historia clínica, y más concretamente por el informe de consultas externas del Servicio de Traumatología, en el que, con la firma de dicho facultativo, figuran anotadas diversas visitas médicas del paciente, antes y después de la operación.

Aunque el informe técnico de evaluación destaca, en el apartado relativo a la valoración, que el paciente, según anotación que figura en la hoja de su curso clínico de 27 de junio de 2005, "tuvo importante mejoría de los síntomas", omite que en el informe de consultas externas de Traumatología correspondiente a la del día 5 de septiembre se consigna "poca mejoría, hizo sin mejoría rehabilitación. (Inyecciones) epidurales sin mejoría"; dato éste que corrobora aquel informe del Jefe del Servicio de Neurocirugía.

No hay ninguna referencia en la historia clínica que acredite que al reclamante se le hubiese informado de otras alternativas al tratamiento paliativo de su enfermedad; más en concreto, no hay informe ni anotación alguna que arrojen luz sobre si el traumatólogo, a requerimiento del Servicio de

Neurocirugía, hizo una valoración acerca de la posibilidad o de la conveniencia de realizar la artrodesis lumbar, y menos aún de que se hubiese informado de ello al paciente. La cuestión es de suma importancia, porque es en el seno del propio servicio público de salud donde se le crea al paciente la expectativa de conseguir información sobre un tratamiento alternativo, de tipo quirúrgico; información que no consta que hubiera obtenido en ningún momento, a pesar de que versaba sobre una intervención que le fue sugerida en la medicina privada, y a la que finalmente se sometió con éxito. El traumatólogo, en su informe de 7 de junio de 2007, emitido a requerimiento del órgano instructor, nada dice sobre la artrodesis cuya valoración solicitó el Servicio de Neurocirugía y no recuerda si el paciente le presentó el informe previo a la operación practicada en la medicina privada. Por su parte, el paciente puso en conocimiento de la Administración la posibilidad de la intervención quirúrgica sugerida por la medicina privada, requiriendo que le reintegrasen los gastos que le ocasionase su realización en la sanidad privada o que se la practicasen de inmediato en la sanidad pública. Evidentemente, así formulada, era una pretensión abocada al fracaso, pero sugiere que el paciente no fue informado adecuadamente de sus posibilidades de tratamiento en la sanidad pública. Cuenta la Administración con medio probatorio fácil para demostrar que durante la atención al paciente se cumplió con aquella expectativa de información de las alternativas terapéuticas, pero ni en la historia ni en los informes posteriores de los servicios afectados hay prueba alguna de ello.

En el presente caso entendemos que se vulneró la *lex artis*, pero no por haber llegado el servicio público sanitario a un diagnóstico incierto, ni por haber optado por un tratamiento meramente paliativo del dolor, sino porque no se ofreció al paciente una información sobre las alternativas a la terapia que estaba recibiendo, induciéndole a buscar remedio a su enfermedad fuera de la sanidad pública. Esto supone un incumplimiento de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 7, apartado 2, dispone que "Las personas que reciban estas prestaciones (del Catálogo del Sistema Nacional de Salud) tendrán derecho a la información y

documentación sanitaria y asistencial de acuerdo con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica”. El artículo 2, apartado 6, de esta Ley establece que “Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”. Como consecuencia de ello, se vulneró el derecho del paciente a recibir información asistencial, reconocido expresamente en el artículo 4 de dicha Ley.

La falta de información sobre la conveniencia o no de la artrodesis, esperada por el paciente tras la iniciativa en este sentido del Servicio de Neurocirugía, circunscribió la esperanza del interesado a una prestación sanitaria pública basada en un tratamiento meramente paliativo del dolor, sin visos de información sobre posibles terapias alternativas.

En suma, la actuación de la Administración, al vulnerar su deber de informar al enfermo y el correlativo derecho de éste, causó al paciente un daño moral que es indemnizable, ya que le indujo a buscar la información fuera de la sanidad pública, mediante una segunda opinión de un especialista, y, a la postre, a optar por el tratamiento quirúrgico propuesto por éste, practicado en una clínica privada; daño moral que no estaba obligado a soportar.

SÉPTIMA.- Identificado el daño y el nexo causal, corresponde efectuar una valoración económica del mismo. El interesado reclama el importe de los gastos causados por la intervención quirúrgica en un centro sanitario privado, lo cual podría estimarse si el daño probado fuese el que se alega. Sin embargo, el daño que ha de indemnizarse es el daño moral, porque la prestación incumplida no es la de un tratamiento quirúrgico demandado, sino la de una información médica a la que se tenía derecho. El recurso a la cirugía en una clínica privada por el que optó el reclamante no se encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de

Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, vigente en el momento de realizarse la intervención quirúrgica, ni tampoco en la norma que lo deroga, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización. Su artículo 4.3, como antes el artículo 5.3 de aquel Real Decreto, determina las condiciones para que pueda darse el reintegro de gastos sanitarios ocasionados “fuera del Sistema Nacional de Salud”, disponiendo que únicamente cabe su reembolso cuando obedecen a la atención recibida en situaciones de riesgo vital, es decir, en los “casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital (...), 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”.

La falta de información a la que tenía derecho el interesado la satisfizo mediante la consulta a un neurocirujano de una clínica privada de Madrid, cuyos honorarios fueron, según factura, de 120 euros, y con unas radiografías realizadas en ese mismo centro, por valor de 89,94 euros. Si a ello se añade el billete en transporte público, ida y vuelta, por importe de 42,89 euros, el total desembolsado fue de 252,83 euros. No obstante, estimamos que la reparación del daño moral no puede reducirse a este estrecho cálculo material. La vulneración de un derecho como el de información al paciente, directamente vinculado al más general de su autonomía personal, que, a su vez, es concreción de la dignidad humana y del derecho a la integridad física y moral garantizados en la Constitución, exige en el presente caso un resarcimiento más amplio. En atención a las circunstancias expuestas, este Consejo considera equitativa una indemnización por importe total de mil quinientos euros (1.500 €).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, estimando parcialmente la reclamación presentada por,

indemnizar al interesado en la cantidad de mil quinientos euros (1.500 €).”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.