

En Logroño, a 15 de enero de 2004, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede provisional, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D^a M^a del Bueyo Díez Jalón y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia el Consejero D. Pedro de Pablo Contreras y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

1/04

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D^a. A.M.H., por el anormal y defectuoso funcionamiento del Servicio de Traumatología, Urgencias y Quirófanos del Hospital San Millán.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 12 de febrero de 2002, por D^a A.M.H., se presenta escrito en solicitud de responsabilidad patrimonial, dirigido a la Gerencia del Servicio Riojano de Salud, en reclamación de la cantidad de 60.000€, por los daños sufridos por el defectuoso funcionamiento de los Servicios de Traumatología, Urgencias y Quirófanos del Hospital *San Millán*, de Logroño con motivo de la asistencia prestada a su esposo D.S.S.J.

En síntesis se alega lo siguiente:

-Que su esposo sufrió en enero de 2000 una caída, precisando ingresar en el Servicio de Traumatología del Hospital *San Millán*, el día 9 de enero, por haberse causado una fractura subcapital de la cadera

derecha, siendo intervenido el día 12, colocándosele una prótesis parcial de cadera, dándosele de alta el día 2 de febrero.

-Como quiera que en su domicilio sufría fuertes dolores, tuvo que acudir al Servicio de Urgencias en tres o cuatro ocasiones, hasta que, el día 3 de marzo, su marido ingresa en el Hospital *San Pedro* ante la sospecha de sufrir un tromboembolismo pulmonar.

-Una vez ingresado, su deterioro general se fue agravando, entrando en cuadro de insuficiencia renal, precisando diálisis y siendo ingresado en la UCI del Hospital *San Millán*, donde permaneció desde el 29 de marzo hasta el 11 ó 12 de mayo.

-A finales de abril, fue necesario extraerle la prótesis que se le había colocado, así como proceder a la limpieza de esa zona en la que se encontraba un foco infeccioso.

-Por otra parte, la herida quirúrgica supuró, presentando una infección por *estafilococo aureus*.

-La evolución ha ido hacia la recuperación de la función renal pero, a consecuencia de todo el proceso descrito, le han quedado como secuelas según informe médico que adjunta a su reclamación, las siguientes:

“Situación funcional sumamente deteriorada, pues la cadera derecha se presenta en flexión prácticamente irreductible, así como la rodilla correspondiente. El miembro inferior izquierdo se encuentra también con una cadera y una rodilla en posición de flexión prácticamente irreductible. Ostensibles atroñas musculares que afectan a ambos miembros, habiendo sufrido una pérdida de peso de 40 kilos”.

-El resultado final, consecuencia de la defectuosa colocación de la prótesis y de la infección generada, es que el esposo de la reclamante se encuentra en situación de gran invalidez, además de presentar un grave deterioro psico- intelectual.

-En fecha 15 de noviembre, es remitido por el Servicio de Traumatología del Hospital *San Millán*, al de Geriátría de La Rioja.

-En fecha 12 de febrero de 2001, falleció D. S.S.J. en el citado Hospital de La Rioja.

Adjunta a la reclamación informe pericial realizado por Licenciado en Medicina y Cirugía, Especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, informe del Servicio de Geriátría del Hospital de La Rioja y certificación de defunción del Sr. S.J.

Segundo

En fecha 19 de febrero, se le notifica a la Sra. M.I., en la persona de su Letrado, que ha tenido entrada en el Registro del Servicio Riojano de Salud su reclamación, informándole, además, de ciertos aspectos de la tramitación de la misma.

Tercero

Con la misma fecha, se remite copia de la reclamación a la Gerencia del Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, a la Aseguradora M. Industrial S.A.S y a la Inspección Sanitaria, para que por la Inspectora, D^a M.A.J., se emita el informe preceptivo. Igualmente, se remiten los respectivos partes de reclamación de los facultativos afectados por la reclamación.

Cuarto

A continuación, constan en el expediente los informes emitidos por los facultativos y demás profesionales sanitarios que tuvieron relación con el fallecido, especialmente en las diferentes intervenciones quirúrgicas que se le practicaron o a lo largo de sus estancias hospitalarias. Entre ellos, figura el fechado el 16 de mayo de 2002, firmado por el Jefe de Servicio de Traumatología quien manifiesta que el enfermo sufrió una infección como consecuencia de la intervención quirúrgica. Advierte que ello ocurre en un porcentaje de casos, se tengan las prevenciones que se tengan, lo que supone una complicación grave y desagradable que sucede muy pocas veces en su Servicio. Posteriormente, el citado informe añade lo que se transcribe de manera textual a continuación:

“A este enfermo, creo que por parte del INSALUD, se le hizo todo lo posible, pero no siempre se obtiene lo deseable. En cuanto a la reclamación, me parece que, desgraciadamente, a D. S.S.J. no se le puede resarcir con razón o sin ella de nada. Los familiares, no creo que hayan tenido grandes pérdidas económicas fuera de las normales e incluso la persona que lo cuidaba ha satisfecho sus necesidades durante la larga y a veces imprecisa estancia del enfermo en el Hospital. El no trabajaba.

Que los familiares quieran cobrar por los perjuicios psíquicos sufridos por ellos, ya que a D. S.S.J., por desgracia, insisto, no le podríamos resarcir en este mundo, me parece cuanto menos sardónico, sarcástico y ridículo, por emplear unas palabras suaves y sin querer entrar en detalles, de los que hay testigos y testimonios.

De los comentarios e informes de los profesionales de la reclamación, no quiero entrar, afortunada o desgraciadamente, vivimos en una comunidad donde se conoce a la mayoría de las personas y su trayectoria”.

Quinto

En fecha 19 de noviembre de 2002, se emite el informe por la Inspectora D^a M.A.J., cuyas conclusiones son las siguientes:

1^a.- D.S.S.J. sufrió una fractura subcapital de fémur derecho por haber sufrido una caída el 6 de enero. El día 12 se le colocó una prótesis parcial de cadera derecha con cúpula móvil, siendo la indicación correcta atendida la edad avanzada del paciente, realizando profilaxis antibiótica preoperatoria.

2^a.- Como complicaciones postoperatorias presentó:

a) Contractura en flexión de la rodilla derecha que se atribuyó a la hemiplejía espástica que sufría el paciente previamente a su ingreso.

b) Infección de la prótesis que, en primera instancia, se abordó con tratamiento conservador. Posteriormente, el 4 de abril, se retiró la prótesis y el cemento tras constatar la mala evolución de la infección. La evolución no fue favorable debido a la presencia de restos de cemento que debieron ser retirados mediante una nueva intervención el 1 de mayo de 2000.

c) Tromboembolismo pulmonar y fracaso renal por glomerulonefritis membranosa o membrano proliferativa, tratada con hemodiálisis en fase aguda en el contexto de un cuadro séptico, con foco de origen en la infección de la prótesis.

3^a.- El paciente, en el contexto de su pluripatología y las complicaciones sufridas tras la intervención quirúrgica para la colocación de la prótesis de cadera, evolucionó hacia el deterioro progresivo y el fallecimiento en febrero de 2001.

Sexto

En fecha 10 de febrero de 2003, se notifica al Letrado de la reclamante que la Comisión de seguimiento del seguro de responsabilidad civil ha rehusado la reclamación por considerar que la actuación de los profesionales fue correcta e, igualmente, se le concede el plazo de alegaciones, que es evacuado el día 4 de marzo. Trasladas las mismas a la Inspección sanitaria, ésta se ratifica en el informe emitido en su día.

Séptimo

Con fecha 28 de noviembre de 2003, el Gerente del Servicio Riojano de Salud, dicta propuesta de resolución desestimando la reclamación interpuesta por D^a A.M.D.

Octavo

En fecha 17 de noviembre de 2003, se emite el informe, ya habitual en este tipo de reclamaciones, por la Letrada de los Servicio Jurídicos de la Consejería, favorable a la propuesta de resolución.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 5 de diciembre de 2003, registrado de entrada en este Consejo el 11 del mismo mes y año, 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 11 de diciembre de 2003, registrado de salida al día siguiente, 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 R.D. 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.

El art. 11,g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, califica de preceptivo el dictamen en las reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública, lo que igualmente reitera el artículo

12.g) de nuestro Reglamento Orgánico y Funcional, aprobado por Decreto 8/2002 de 24 de enero.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 12.2 del citado R.D. 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio 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 (LPAC).

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPAC), 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 para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien en estos casos, y como señala la propuesta de resolución, la obligación del profesional médico y la Administración sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, o lo que es lo mismo, no tendrían la condición de antijurídicos, existiendo entonces un título que obliga al paciente a soportar el

daño, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

La propuesta de resolución, precisamente, se basa en la anterior postura para eximir de responsabilidad a la Administración sanitaria riojana, al considerar que la atención prestada al paciente durante todo su proceso hospitalario fue correcta, que las circunstancias en que se encontraba el paciente aconsejaban su intervención quirúrgica y que la mala evolución se debió a la pluripatología que presentaba y a las complicaciones postoperatorias surgidas. Sin embargo y ya desde este momento hemos de disentir, de los razonamientos de la citada propuesta de resolución, como expondremos a continuación.

Con carácter previo, hemos de indicar que, de la lectura del escrito inicial, parece desprenderse que la reclamación de la viuda engloba todos los daños y perjuicios sufridos a lo largo de todo el periodo en el que su marido permaneció ingresado en los distintos Centros de esta Comunidad Autónoma, aun cuando esos perjuicios quien realmente los sufrió fue el fallecido, única persona legitimada para su reclamación. Sin embargo, como todo el proceso descrito finaliza con el fallecimiento del Sr. S., no existe inconveniente alguno para analizar el daño moral sufrido por su viuda con motivo de dicho fallecimiento y ver si el mismo se produce como consecuencia de un funcionamiento normal o anormal de la Administración sanitaria.

Y, en este orden de cosas, hemos de indicar que no consta en el expediente el consentimiento informado previo a la intervención quirúrgica de colocación de prótesis parcial de la cadera derecha que se le practica al Sr. S. el 12 de enero de 2000. Por más que se ha requerido su aportación, se nos ha manifestado que el mismo no consta. En el momento en que se producen los hechos objeto del presente expediente, el consentimiento informado venía regulado en el artículo 10.6 de la Ley 14/86, posteriormente derogada por la Ley 41/2002. El citado precepto exigía el consentimiento informado por escrito para la realización de cualquier intervención. En el presente caso, no consta que el Sr. S., al ingresar en el Hospital estuviese incapacitado o privado de conciencia, por lo que pudo perfectamente haber firmado dicho consentimiento o, en su defecto, podría haberlo hecho cualquier de sus familiares más próximos.

Ante la ausencia de dicho consentimiento escrito, correspondía a la Administración la prueba de que el mismo había existido, sin que en el expediente se haya realizado prueba alguna encaminada a ese particular. Así pues, hemos de partir de la inexistencia de consentimiento informado, lo que determina, ineludiblemente, el considerar que no se ha cumplido con esa obligación legal por el Servicio Sanitario en el presente supuesto, máxime cuando en el expediente se hace referencia en alguno de los informes de los facultativos que han tratado al fallecido, las infecciones son frecuentes en ese tipo de intervenciones en las que se coloca una prótesis con cemento, como ocurre en el presente caso.

Antes de seguir adelante, es necesario realizar una breve consideración acerca del informe que hemos transcrito en el Antecedente de Hecho 4º del presente Dictamen. En los citados informes, los profesionales de la Medicina deben limitarse a dar su versión acerca de la relación de su actividad profesional con los hechos objeto del expediente, pero sin que ello pueda dar pie a realizar manifestaciones de carácter vejatorio y desconsiderado para aquella persona que, ejerciendo sus derechos, presenta una reclamación sobre responsabilidad patrimonial, ni tampoco para aquellos otros profesionales que puedan elaborar informes para acompañar a dichos escritos de reclamación. Sería deseable que, por quien resulte competente, se dicten las instrucciones necesarias para que en el futuro no vuelva a reproducirse ningún informe del mismo tenor, pues ello resulta inadmisibles, por mucho que pueda molestar a los Jefes de Servicio que se presenten reclamaciones por hechos ocurridos dentro de los mismos.

Hecho este inciso y en base a las manifestaciones contenidas en los citados informes de los facultativos que tuvieron relación con el Sr. S., el citado riesgo debería estar incluido en el citado consentimiento informado. Así pues y con independencia de que, en cuanto a las intervenciones propiamente médicas realizadas sobre el paciente, las mismas hubiesen sido acordes a la *lex artis*, la falta de consentimiento informado supone la infracción de una obligación legal pues, como ya hemos manifestado, tampoco se ha intentado acreditar que se hubiese facilitado la citada información de manera verbal antes de realizar la primera de las intervenciones y ello, por lo tanto, supone un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria. Como establece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2002:

“La ausencia del consentimiento informado supone una vulneración de un derecho esencial y básico del paciente, dimanante de su propia cualidad de persona humana con capacidad de autodeterminación, y, por ello, como sujeto de derecho con capacidad para decidir sobre su propia vida y salud...Esta actuación de la Administración sanitaria, que ha de calificarse como funcionamiento anormal del servicio público hospitalario, constituye en sí misma un daño moral grave que la actora no estaba obligada a soportar y, por ello, generador de responsabilidad patrimonial de la Administración.”

Lo anterior ya sería suficiente para afirmar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el presente caso, pero es que, además y con independencia del resultado de la intervención realizada en la cadera del posteriormente fallecido Sr. S., éste sufrió un proceso infeccioso que requirió la realización de dos nuevas intervenciones quirúrgicas ante el fracaso del tratamiento antibiótico inicialmente prescrito. Y, en este orden de cosas, la ausencia de consentimiento informado produce, además, el efecto de invertir la carga de la prueba, de manera que corresponde a la Administración acreditar que la infección constituye un supuesto de fuerza mayor, o que la misma se contrae por causa de un tercero, en este caso el propio paciente. Respecto a la infección, se sabe que es causada por *estafilococo aureus*. Pero nada más se sabe sobre cómo puede ser contraída por el Sr. S. No se sabe si él mismo era portador ya en el momento de su ingreso hospitalario;

si se contrae en el quirófano; si es consecuencia de la prótesis o del cemento utilizado para la colocación de la misma. Sorprendentemente, en el presente expediente no consta el informe pericial que se emite en este tipo de reclamaciones a instancia de la aseguradora y que suele ser la base de la decisión a adoptar por la Comisión de Seguimiento del seguro de responsabilidad civil. Aunque consta la decisión de la citada Comisión de rechazar la reclamación efectuada, no figura el informe pericial que aparece en todos los restantes expedientes de responsabilidad sanitaria que ha tenido ocasión de examinar este Consejo Consultivo, pese a haberse solicitado con posterioridad el mismo.

A la luz de lo expuesto, y no habiendo acreditado la Administración la ruptura del nexo causal, pues ni siquiera se ha intentado, salvo la mera manifestación de la Inspectora, que emite su informe achacando la infección al estado físico del paciente, no cabe sino concluir tener por acreditada la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño sufrido por el Sr. S. que, a consecuencia de contraer la infección, ve agravado su ya deteriorado estado de salud, terminando por fallecer, lo que indudablemente produce un daño moral en su viuda y probablemente en sus hijos, aunque éstos no formulan reclamación alguna. A este concreto particular, hemos de indicar que existen numerosas Sentencias de Tribunales Superiores en las que se estima la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en supuestos de infecciones hospitalarias. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de septiembre de 2001, declara::

“Este Tribunal, en varios casos, así en los contemplados en las Sentencias números 984/2000 y 185/2001, de 6 de septiembre y 2 de marzo, ha reconocido la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en base, no a que el tratamiento prestado al enfermo no fuese el correspondiente a la norma praxis sanitaria por no estar adecuado a los exigibles conocimientos médicos, sino a una infección hospitalaria sufrida por el usuario al considerarse que era evitable de haberse adoptado las medidas que podían tomadas atendido el nivel actual de los conocimientos médicos/técnicos/científicos sobre esta materia una vez la administración demandada, como le correspondía no ha justificado que las causas de la infección, de origen hospitalaria en un 90/95% eran otras ajenas al campo de su responsabilidad...”

En el mismo sentido la Sentencia, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 15 de enero de 2003, declara que:

“Dada la presencia de la infección del caso, después de cuarenta y ocho horas de la intervención quirúrgica, el perito médico, informante en el período de prueba del presente, asegura que ello se debió, con mayor probabilidad, a gérmenes radicados en la propia institución hospitalaria que a una posible presencia en la piel o en las secreciones de la persona intervenida; por lo que se ha de entender que la Administración no ha conseguido probar que tal infección haya sido ajena al ámbito en el que se desarrolló la prestación del servicio público de que se trata, con lo cual y al derivarse así una relación de causa-efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso del caso, la responsabilidad de la Administración demandada ha de tenerse por dada; de otro lado, la Sala no da en este caso mayor trascendencia a la amplitud que haya podido alcanzar en el caso el consentimiento informado, por cuanto al producirse la complicación aquí recurrida únicamente en el 0,4% de los

casos, resulta difícil imaginar que la persona interesada hubiese decidido no someterse a la intervención ante esa eventualidad”.

Tercero

Determinación de la indemnización correspondiente a la Sra. M.H.

Queda, como último punto del presente Dictamen, determinar la cuantía de la indemnización que corresponde percibir a D^a A.M.H., a consecuencia del daño moral que supone la pérdida de su esposo. En el escrito inicial de la reclamación, se solicita una indemnización por cuantía de 60.000 __. Sin embargo, dicha cuantía se antoja excesiva para las circunstancias del presente supuesto pues, reconociendo que, para los familiares, la vida un ser querido no tiene una traducción económica que pueda equilibrar dicha pérdida, hay que tener en cuenta que el Sr. S., en el momento de su ingreso, se encontraba en una situación física ya bastante deteriorada pues a su avanzada edad, ya que contaba con 79 años cuando es intervenido en su cadera derecha, hay que añadir que presentaba una hemiparesia sufrida como consecuencia de un accidente cerebro vascular en el año 1991, lo que le producía torpeza para caminar con caídas frecuentes y varios meses con incontinencia de esfínteres, apreciándose, en TAC cerebral diversos infartos lacunares a nivel de las estructuras capsuloganglionares de predominio izquierdo. El baremo establecido por la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a motor para el año en que se produce el fallecimiento del Sr. S. establecía una indemnización a favor del cónyuge, en caso de fallecimiento con inclusión de los daños morales por importe de 61.786,31 __, que viene a coincidir con la solicitada por la reclamante, cantidad que se antoja excesiva a la vista del estado físico del fallecido, que estaba bastante limitado y que requería la permanente ayuda de terceras personas; por lo que parece más ajustado establecer el importe de la indemnización en 15.000 __, cantidad que se verá incrementada con los intereses legales hasta la fecha de su pago por la Administración.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, en el presente caso, procede estimar la reclamación interpuesta por D^a M^a A.M.H., al haberse acreditado la existencia de un daño real

y efectivo que es imputable a la Administración sanitaria de La Comunidad Autónoma de La Rioja.

Segunda

La indemnización a su favor, se fija en la cantidad de 15.000 €, más los intereses legales, desde la fecha de fallecimiento de su esposo hasta que se realice el pago o se dicte la resolución reconociendo el derecho a su percepción, debiéndose abonar dicha cantidad en metálico con cargo a la partida presupuestaria que corresponda.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.