

En Logroño, a 2 de marzo 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. Pedro de Pablo Contreras, 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, siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

15/04

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D^a C.V.M. por daños derivados de intervenciones quirúrgicas (tiroidectomía total y ulterior traqueotomía) practicadas en el Hospital *San Millán-San Pedro*, de Logroño.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D^a C.V.M. estaba siendo tratada por el Servicio de Endocrinología del Hospital *San Millán* desde hacia varios años por un bocio multinodular. Al presentar aumento de tamaño de dos nódulos tiroideos, se remitió al Servicio de Cirugía para valoración quirúrgica, y el día 4/9/00 se incluyó en Lista de Espera Quirúrgica para realizarle Tiroidectomía bilateral total y/o subtotal. En la misma fecha (4/9/00) en ambos casos, la paciente firmó sendos impresos, el primero de “inclusión en L.E. Quirúrgica” y el segundo autotitulado de “consentimiento informado” para realizarle la intervención. El documento, mucho más pormenorizado, de “consentimiento informado” para la anestesia general y locorregional lo firmó la paciente el 5 de diciembre de 2000.

Del expediente remitido resultan los siguiente hechos:

- El día 12/1/01 el Dr. R.V. le realizo Tiroidectomía Total bajo anestesia general. En el postoperatorio presento hipocalcemia, disfonía y disfagia para líquidos pero no para sólidos. Se le puso tratamiento con gluconato calcico intravenoso y posteriormente con calcio por boca (Mastical cada 8 horas). Desaparecieron las

parestias, persistiendo la disfagia para líquidos y la disfonía y el 19/1/01 se le dio el alta hospitalaria y como tratamiento le prescribieron *Levothroid*, *Mastical* y *Nolotil*, si dolor.

- El 22/01/01 acude a consultas externas presentando un síndrome ansioso depresivo con parestias y hormigueos en las manos, por lo que fue hospitalizada. En el momento del reingreso se practica calcemia de urgencia con resultado de 9,1 (normal), su disfonía había mejorado ligeramente y persistía disfagia para líquidos. Fue valorada por el Psiquiatra el 24/01/01, que indica tratamiento con *Trankimazin* y *Seroxat*. Durante el ingreso, la disfagia para líquidos mejoro y la disfonía persistía. El 26/01/01, se le da el alta hospitalaria con el siguiente tratamiento: *Levothroid*, *Mastical*, *Trankimazin* y *Seroxat*.

- El 26/02/01, acude a revisión y, en la hoja de evolución, consta que la disfonía ha mejorado mucho y que todavía tiene algún problema con los líquidos. Acude de nuevo el 12 de marzo y la clínica es semejante.

- El 9/04/01, según consta en la hoja de evolución clínica, continúa con disfonía similar y refiere disfagia para líquidos. Fue vista por el Servicio de O.R.L. y le diagnostican parálisis de ambas cuerdas vocales en posición paramediana y le indican tratamiento con logopedia.

- El 14/5/01, acude a consulta y consta que sigue igual y que no ha sido vista por la logopeda, por lo que, desde la consulta, llaman por teléfono para citar pronto. En la consulta del 9/7/01, se observa importante mejoría de la voz, mejoría de la sensación de disfagia y sensación de disnea. Le solicitan Rx de tórax y analítica. En la consulta del 27/8/01, la Rx es normal, la bioquímica da calcio de 7,9 y colesterol de 232. No disfonía, voz normal pero sigue con estridor laríngeo, por lo que solicitan valoración al Servicio de O.R.L. para realizar Laringoscopia Indirecta.

- El 13/9/01, sigue con estridor inspiratorio y, según informe de O.R.L., persiste parálisis de ambas cuerdas en posición paramediana y proponen Traqueotomía o Aritenoidopexia. El cirujano habla con O.R.L. y le indican que, dada la parálisis en posición paramediana de las cuerdas vocales, es preciso tratamiento quirúrgico. La paciente solicita segunda opinión, por lo que se remite al Hospital *Ramón y Cajal* de Madrid. Es vista en este hospital el 23/11/01 y confirman diagnóstico de parálisis de ambas cuerdas vocales, recomendándole efectuar Traqueotomía con colocación de cánula parlante y controlar la evolución y, en caso de no existir recuperación de la movilidad cordal en un tiempo prudencial, valorar la posibilidad de efectuar una resección paliativa de 1/3 posterior de cuerdas vocales con láser con el fin de mejorar la situación ventilatoria.

- El 14/1/02, acudió a Consulta de Cirugía y desea cita con el Dr. A. R. V. quien la ve el 24/01/02 y la remite al Servicio de O.R.L. del Hospital *San Millán* con carácter preferente. El 14/2/02, acude de nuevo a Consulta de Cirugía y refiere que no acudió a hacerse el preoperatorio. Se le explica a la paciente la necesidad de realizarle la traqueotomía y se le da cita para que el 18/02/02 acuda con su marido a la consulta. Finalmente, se realiza la Traqueotomía el 21/2/02 y se le coloca cánula de plata nº 5 .

- El 7/6/02, acude a revisión al Hospital *Ramón y Cajal* y le indican utilización de cánula de silicona con prótesis parlante y acudir en diciembre del mismo año para control y posibilidad de indicación quirúrgica.

- Posteriormente, es revisada en el Hospital *San Millán* por los Servicios de Endocrinología y Cirugía. El Endocrino le solicita ecografía e informan de la existencia de un nódulo en zona de paratiroides izquierda. El 6/8/02, acude a Consulta de Cirugía y le solicitan TAC cervical en el que informan que no se identifican imágenes nodulares que captan contraste en teórica área de alojamiento de glándulas paratiroides.

- El 2/09/02, acude a revisión y presenta mucha tos y flemas, por lo que se remite al Servicio de O.R.L. En este Servicio le vuelven a ver los días 13/9/02 y 7/10/02 y le pautan vacuna bacteriana sublingual.

- El 10/10/02, acude a Consulta de Cirugía y desea ser valorada por el Servicio de O.R.L. de la Clínica Universitaria de Navarra. Le hacen solicitud al Servicio de Traslados, que es denegada por la Inspección, ya que estaba siendo vista en el Hospital *Ramón y Cajal* de Madrid y no procedía solicitar una tercera opinión a un centro privado.

El 17/1/03, acude a revisión al Hospital *Ramón y Cajal* y le colocan la cánula parlante. La paciente lleva una carta del Dr. R.V. en la que solicita que le pongan ellos la cánula parlante y le indiquen la referencia de la cánula. En esta consulta le proponen hacer la intervención en dos fases, primero, en una cuerda y, después en la otra.

Segundo

D^a C.V.M. estuvo de baja 18 meses, por lo que fue remitida al Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Fue valorada expresándose un cuadro clínico residual de parálisis laríngea bilateral tras tiroidectomía, traqueostoma y cánula desde febrero de 2002, así como la limitación orgánica y funcional de que *“en el momento actual está limitada para todo tipo de trabajos”*; por lo que, con fecha 10/7/02, le declararon Invalidez Permanente Absoluta revisable a los dos años.

Tercero

El 14 de febrero de 2003, el Abogado Sr. S.M., en nombre y representación -que acredita mediante escritura de poder- de D^a C.V.M., formula reclamación a la Compañía Aseguradora Z., que lo era del Servicio Riojano de Salud, pretendiendo el pago de 526.441,43 euros *“en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivados de la asistencia indebidamente informada, negligente y culpable”* causante de la secuelas que enuncia: *“Traqueotomizada con necesidad de cánula desde febrero de 2002; parálisis de dos cuerdas vocales, afonía; estenosis con obstáculo a la deglución; hipotiroidismo; síndrome paratiroideo; neurosis postraumática; y perjuicio estético considerable”*; estando -dice- *“confirmada a esta fecha que la movilidad cordal es irrecuperable”*.

Cuarto

La Compañía Z. remitió, a su vez, el citado escrito al Servicio Riojano de Salud, en el que tuvo entrada el 3 de marzo de 2003. Por Resolución de la Gerencia de 10 de marzo de 2003, se tuvo por formulada, a la vista de dicho escrito, reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración y por iniciado el oportuno expediente.

Quinto

Cumplimentado el expediente en todos sus trámites, por el Gerente del Servicio Riojano de Salud se dicta propuesta de resolución, con fecha 15 de enero de 2004, de sentido desestimatorio de la reclamación efectuada, criterio con el que se muestra conforme la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 3 de febrero de 2004 , registrado de entrada en este Consejo el 6 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 6 de febrero de 2004, registrado de salida el mismo día, 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.

Es preceptiva la emisión del presente dictamen conforme a lo dispuesto en los artículos 11 G) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, y 12 G) del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de dicho órgano consultivo; todo ello en concordancia con los artículos 12.1 del Reglamento de los Procedimientos de Administración Pública en materia de Responsabilidad Patrimonial (R.D.

429/1.993 de 16 de marzo) y 29.13 y 23.2° de la Ley Orgánica 3/1.980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Segundo

La responsabilidad de la Administración en el presente caso.

Como reiterada y constantemente viene señalando este Consejo Consultivo al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la *relación de causalidad en sentido estricto*, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente - conforme a la lógica y la experiencia- explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Hemos explicado también, y volvemos a insistir en ello, que, para detectar tales causas, el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Pues bien, operando conforme a esta lógica en el presente caso, resulta evidente la conclusión de que los daños padecidos por la reclamante tienen su causa en la intervención quirúrgica de tiroidectomía a la que fue sometida en el Hospital *San Millán*, pues es la misma la que produjo las disfunciones orgánicas que provocaron la necesidad de una segunda intervención de traqueotomía con colocación de cánula y, en definitiva, las secuelas que la interesada presenta.

A partir de ahí, y entrando ya en la cuestión estrictamente jurídica de la imputación objetiva, es evidente también que concurre el esencial y básico criterio positivo de tal imputación que es el de que la causa detectada como tal en el análisis de la relación de causalidad en sentido estricto sea subsumible en el concepto de *funcionamiento normal o anormal de un servicio público*; que, en este caso, es el sanitario, pues tal es el que se estaba prestando al realizarse la tiroidectomía a la reclamante.

Dicho esto, y de acuerdo todo ello con la reiterada doctrina de este Consejo, debemos, después, pronunciarnos sobre el problema de si concurre o no en este caso algún *criterio negativo de imputación objetiva*, esto es, de si, no obstante todo lo anterior, existe o no alguna regla jurídica, establecida expresamente en el ordenamiento o deducible de él, en virtud de la cual, pese a todo, no deba ponerse a cargo de la Administración la obligación de indemnizar el daño.

La propuesta de resolución, siguiendo en esto a cierta jurisprudencia -de la que cita algunas sentencias como exponente-, pretende encontrar dicho criterio negativo de imputación objetiva del daño a la Administración en la circunstancia de que éste no sería antijurídico, por haber sido la asistencia sanitaria prestada correcta y no negligente, de modo

que la perjudicada tendría -dice- el deber jurídico de soportarlo. A este Consejo Consultivo, sin embargo, no le parece que el requisito de que el daño sea *antijurídico* -o, más exactamente, de que el dañado no tenga el deber jurídico de soportarlo, “*de acuerdo con la ley*” (art. 141.1 LRJPAC)- tenga un papel apreciable que jugar en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. En modo alguno creemos que haya base en nuestro ordenamiento para afirmar, con carácter general, que el paciente tiene un “*deber jurídico*” de soportar el daño que le cause un tratamiento médico que objetivamente deba ser calificado como adecuado o correcto. Pensamos, por el contrario, que el precepto del artículo 141.1 de la Ley 30/1992 es de interpretación estricta, y significa que tiene que haber una norma que efectivamente imponga ese deber, directa o -lo que será más frecuente- indirectamente (como ocurre en el caso de los perjuicios, incluido el lucro cesante, causados a consecuencia de la imposición, conforme a Derecho, de una sanción administrativa); y no hay norma alguna que, en materia sanitaria, imponga semejante deber a los pacientes.

Lo que sencillamente ocurre, en nuestra opinión, es que, en el caso de la sanidad, el funcionamiento del servicio público consiste en el cumplimiento por la Administración de un deber jurídico previo e individualizado respecto a *ese* paciente, que es correlativo al derecho de éste a la *protección de su salud y a la atención sanitaria* (cfr. art. 1.2 de la Ley General de Sanidad, que desarrolla los artículos 43 y concordantes de la Constitución). Utilizando las categorías del Derecho privado, cabría decir que la responsabilidad de la Administración en este caso es *contractual* (esto es, tiene su origen en el incumplimiento de una obligación preexistente), y no *extracontractual*.

Sólo esta forma de ver las cosas permite explicar técnicamente la reiteración con que la doctrina y la jurisprudencia, así como los dictámenes del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas, vienen exonerando de responsabilidad a la Administración cuando el actuar médico, en el caso concreto, ha sido conforme a la llamada *lex artis ad hoc*.

Este planteamiento, tomado de la doctrina y la jurisprudencia civil, se funda, o bien, si la hipótesis lo es de responsabilidad contractual, en la consideración de que la obligación asumida por el médico respecto a su paciente lo es -salvo en el caso especial de la llamada *medicina satisfactiva* (que no curativa: así, las operaciones de estética)- *de medios*, y no *de resultado*; o bien, tanto si la responsabilidad es contractual cuanto extracontractual, en la utilización de la *lex artis* como parámetro para medir la culpa o negligencia del agente, que es en ese campo el criterio positivo de imputación.

Pero si, como sabemos, el criterio de imputación de la culpa o negligencia es completamente ajeno al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración -que es, por eso, una responsabilidad objetiva-, no puede encontrarse ahí la vía para traer a aquél la *lex artis ad hoc* como parámetro para decidir si dicha responsabilidad concurre o no en el caso concreto.

En cambio, la otra vía de las contempladas por la doctrina civil para traer a colación la *lex artis* en los problemas de responsabilidad médica sí puede ser explorada en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Nos referimos a la consideración de que, en materia sanitaria, la responsabilidad surge, no sin más por la existencia del daño, sino *del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente*, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: desde esta premisa, en efecto, sí que cabría decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios, y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto -se ha actuado conforme a la *lex artis ad hoc*-, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder por su incumplimiento. Y esto último es lo que sucede en el presente caso: del expediente no cabe inferir, como pretende el representante de la interesada -que, sin embargo, ninguna prueba ha intentado en tal sentido-, que la actuación médica haya sido inadecuada y negligente, sino conforme a dicha *lex artis*, por más que, a resultas de la misma, se materializaran algunos de los riesgos -típicos, por más que estadísticamente poco frecuentes- detectados por la literatura científica como inherentes a la intervención.

Mas la configuración de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso de la prestación de asistencia sanitaria como una responsabilidad derivada del incumplimiento de un deber previo a su cargo, obliga a analizar la extensión legal de ese deber a un aspecto del que hasta ahora no nos hemos ocupado: el deber de información al paciente, previo a la necesaria prestación de su consentimiento para cualquier intervención o acto médico, impuesto en este caso a la Administración sanitaria.

Nuestro ordenamiento regula ahora esta cuestión pormenorizadamente en los arts. 2, 4, 5 y 8 a 10 de 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, ya ella se refiere también el art. 6.1 de la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril; pero ya la normativa aplicable a los hechos enjuiciados en el presente expediente se establecía el mismo deber, concretamente en el art. 10 de la Ley General de Sanidad de 25 abril 1986 y en los arts. 5 y 10.2 del Convenio del Consejo de Europa relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 4 abril 1997, vigente en España desde el 1 de enero de 2000.

En el expediente consta que la interesada prestó su consentimiento por escrito a la intervención de tiroidectomía, pero la información previa necesaria no consta por escrito. El cirujano que llevó a cabo la intervención asevera en su informe que *“la paciente fue informada verbalmente del procedimiento quirúrgico (1/4), así como de las complicaciones de este tipo de cirugía”*.

El artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, aplicable a este asunto, establece el derecho del paciente *“a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o*

allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento". El artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa nada dice sobre la forma de la información, pero sí que establece claramente que la misma constituye presupuesto o parte integrante del consentimiento imprescindible para poder llevar a cabo la intervención o el acto médico, lo cual se infiere también de la relación del apartado 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad con el siguiente apartado 6 del mismo precepto.

Por eso, en el criterio de este Consejo Consultivo, la forma escrita resulta necesaria ante cualquier intervención sujeta al consentimiento del paciente que exija la constancia documental de éste, en la medida en que la información constituye presupuesto del consentimiento (*informado*). Y, como quiera que, según el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, es "*preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención*", salvo los casos de urgencia que exceptúa, entre los que no puede entenderse incluido el que aquí nos ocupa, entendemos, en conclusión, que, en el supuesto que motiva el presente dictamen, la información pertinente, con toda la extensión y el alcance legalmente requeridos, debió proporcionarse por escrito, para que, de ese modo, quedara constancia de a qué y con qué presupuestos prestó su *consentimiento informado* la paciente y perjudicada.

El incumplimiento de este deber de información en forma escrita, que forma parte integrante del deber jurídico en que consiste el funcionamiento del servicio público sanitario, es suficiente, en nuestro criterio, para hacer nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuya existencia debe, por ello, reconocerse en este caso. El hecho de que del expediente resulte el ofrecimiento de la Aseguradora de dicha responsabilidad para proceder al pago de una indemnización, aunque ésta no alcanzara la total pretensión de la interesada, nos ratifica en esta conclusión.

Tercero

Sobre la valoración del daño y la indemnización procedente.

Para valorar el daño y calcular la indemnización que debe reconocerse a la interesada, es razonable, en este caso, tal y como se pretende por la reclamante, recurrir al Baremo previsto para los daños corporales en el caso de la circulación de vehículos a motor, según ha defendido para supuestos análogos este Consejo Consultivo (cfr. Dictámenes núms 37 y 42/00, y 48/01).

Como daños indemnizables sólo pueden reconocerse la traqueotomía con necesidad de cánula, la disfonía y el perjuicio estético, con una valoración según baremo de 40, 7 y 8 puntos, respectivamente. No pueden reconocerse los demás daños alegados, por estar superados por el tratamiento médico aplicado a la interesada, ser consecuencia inevitable de

la intervención o ser presupuesto o parte integrante de los anteriores. Procede, por ello, reconocer una indemnización básica de 76.953,52 €, que debe incrementarse en un diez por ciento por perjuicios económicos y en 15.000 € más por tratarse de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima; todo lo cual eleva la cuantía total de la indemnización a la suma de 99.648,87 €.

Cuarto

Observaciones procedimentales.

De nuevo se observan en el presente expediente, tal y como ha denunciado en alguna otra ocasión este Consejo Consultivo, algunos defectos procedimentales derivados de la confusión entre el expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración y la existencia de un seguro de responsabilidad civil con el que se pretende cubrir la misma. En concreto, al haberse dirigido la interesada contra la Aseguradora, ejercitando la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley del contrato de seguro, no resultaba procedente tener, sin más, por formulada la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que este procedimiento sólo puede iniciarse de oficio en los casos y por el procedimiento previstos en el artículo 5 del Real Decreto 429/1993. Desde luego, el ejercicio de la acción directa contra el asegurador no impide el ejercicio de las acciones procedentes frente al asegurado, esto es, en este caso, el inicio del pertinente procedimiento de responsabilidad patrimonial para exigir ésta a la Administración; pero, para ello, la perjudicada debió haber iniciado el mismo autónomamente, en la forma y con los requisitos exigidos por el artículo 6 del citado Reglamento.

CONCLUSIONES

Primera

Existe relación de causalidad entre los daños sufridos por D^a C.V.M. y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, concurriendo los demás requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Segunda

La indemnización procedente asciende a la suma de 99.648,87 €, a satisfacer con cargo a la partida que corresponda de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

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