

En Logroño, a 18 de enero de 2007, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

1/07

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 Beatriz O. N. como consecuencia de la asistencia sanitaria que se le prestó.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

Mediante escrito de fecha 15 de noviembre de 2005, D^a Beatriz O. N. formula reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Riojano de Salud exponiendo en síntesis que:

- Fue atendida de su tercer embarazo, considerado de riesgo al tener la interesada 39 años, por el Servicio Riojano de Salud.
- El 22 de noviembre de 2004 le fue practicada defectuosamente la prueba de amniocentesis genética en su 15,6 semana de embarazo, comunicando el laboratorio la imposibilidad de obtener resultado alguno el siguiente 13 de diciembre, resultados que no se comunicaron a la interesada hasta su 20 semana de embarazo.
- El 24 de marzo de 2005, la interesada ingresó en Urgencias con señales de un parto inminente, naciendo un niño prematuro que fue trasladado al Hospital *Miguel Servet* de Zaragoza, donde se diagnosticó que el recién nacido padecía síndrome de Down.

La interesada considera que existió una mala praxis médica que impidió conocer el estado de su hijo, y, a su vez, ejercer su derecho a la interrupción del embarazo, necesitando el menor ayuda asistencial para toda la vida, por lo que reclama en concepto de daños morales la cantidad de 250.000,00 €.

Segundo

Con fecha 12 de diciembre de 2005, el Secretario General de la Consejería dicta Resolución por la que inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial y nombra Instructora del mismo a D^a Carmen Z.

Mediante escrito de fecha 13 de diciembre, la Instructora del expediente se dirige la interesada comunicándole la iniciación del expediente y le informa de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992.

Con la misma fecha, la Instructora envía a la Compañía de seguros Z. una copia de la reclamación.

Tercero

Mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2005, reiterado el 30 de enero de 2006, la Instructora se dirige a la Gerencia del Área II *Rioja Media* solicitando informe de cuantos antecedentes e informes estime de interés en relación con la asistencia prestada a la interesada, en particular, informe del Dr. M. M. S. y copia de la historia clínica relativa exclusivamente a la asistencia reclamada.

Cuarto

El 1 de febrero de 2006, la Asesoría Jurídica de la Dirección Gerencia del Área II remite a la Secretaría General Técnica de la Consejería el informe realizado por el Dr. M. M. S., quien practicó a la interesada la prueba de la amniocentesis, informe que establece las siguientes conclusiones:

1. No hubo mala praxis en la punción realizada. No hubo ningún defecto en la técnica aplicada. Tras años de experiencia en la práctica de técnicas invasivas para el diagnóstico prenatal, realicé una amniocentesis sistematizada, protocolizada y reglada, con una sola punción, guardando en todo momento las normas de asepsia y seguridad que requiere una prueba invasiva con el pequeño impedimento, sin la menor importancia para un habituado en amniocentesis, de una placenta anterior.

2. No hubo mala praxis en enviar al Laboratorio de genética una muestra de liquido amniótico serohemático. En el momento del envío al Laboratorio, era un liquido amniótico serohemático, sin ningún coágulo sólido en su interior y en ese momento perfectamente valido. En la gran mayoría de los casos (98-99,8%), se obtiene crecimiento de células fetales en este tipo de muestras y, por lo tanto, inicialmente deben considerarse siempre validas para estudio.

3. El periodo de espera en el cultivo celular se puede llegar a demorar hasta tres semanas, aunque a veces se produce crecimiento celular en dos semanas lo que adelanta considerablemente el diagnóstico. El fracaso en el cultivo celular tras el tiempo adecuado de espera se da entre el 0,2% y

el 2% de todas las amniocentesis. Con más frecuencia ocurre esto en líquidos contaminados por sangre placentaria.

4. De todo ello, así como de las posibles complicaciones, riesgos y fracasos que puedan obligar a repetir la prueba se informa a la paciente en el documento de consentimiento informado establecido por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia que se da a la paciente y que debe leer, firmar y entregar antes de realizarse la prueba. En el punto 4 del documento de consentimiento informado especifica textualmente: "4. La técnica puede fracasar por no conseguir la extracción del líquido amniótico o por problemas de laboratorio que impiden la emisión de un diagnóstico completo."

5. Según refiere en su escrito y consta en mayúsculas en la historia clínica del embarazo, la paciente recibió cumplida información del no crecimiento celular en la semana 20 de su embarazo, cuando existía tiempo suficiente para hacer una nueva amniocentesis que pudiera haber aclarado la situación y realizar una interrupción voluntaria de su embarazo pues los resultados podrían haber estado antes de la semana 22. La paciente rechazó esta segunda prueba."

Quinto

Mediante comunicación interna de fecha 8 de febrero, la Instructora envía a la Gerencia del Área II el parte de reclamación correspondiente a la reclamación formulada por la interesada para que sea cumplimentado por los Facultativos intervinientes en el proceso asistencial.

Sexto

Con fecha de entrada en la Consejería el 1 de marzo de 2006, la Dirección Gerencia del Área II manda a la Instructora el parte de reclamación y los informes médicos relacionados con la asistencia prestada a la interesada.

El siguiente día 6 de marzo, la Instructora remite a la Compañía de seguros Z. toda la documentación.

Séptimo

Por escrito de fecha 7 de marzo de 2006, dirigido a la Subdirectora General de Ordenación, Prestaciones y Autorización de Centros, el Jefe de Servicio solicita que por el Médico Inspector que corresponda sea elaborado informe relacionado con los aspectos esenciales de la reclamación.

Octavo

El 20 de marzo de 2006, el Director Gerente del Área II remite a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud más documentación relacionada con la interesada, destacando: i) un informe del Laboratorio Central de Genética del SERIS, que concluye afirmando que una segunda amniocentesis hubiera detectado a tiempo el

síndrome que padecía el hijo de la interesada; y ii) el consentimiento informado de la prueba de amniocentesis que se le practicó a la interesada, firmado por ésta, en el que se preve la posibilidad de fracaso de la prueba.

Noveno

Por escrito de fecha 14 de junio de 2006, la Jefa del Área de Organización de Centros solicita al Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia informe sobre el protocolo de actuación cuando llegan los resultados de las pruebas de amniocentesis (persona encargada de recibir las pruebas, de llamar a los pacientes, comunicar el resultado, plazos establecidos,... etc.).

El 16 de junio siguiente, el Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología emite el informe solicitado en los siguientes términos:

"1º El día 22/11/04 se realiza amniocentesis con una sola punción y contenido hemático.

2º La amniocentesis con contenido hemático cursa con un crecimiento mas lento de las células, que puede alargarse hasta las tres semanas, pero generalmente suele haber crecimiento celular, salvo excepciones, como es el caso que nos ocupa.

3º El protocolo de actuación consiste en que, cuando se recibe el informe escrito, el Médico de la Consulta, bien directamente, o da orden a la Enfermera para que contacte con la paciente y comunicarle el resultado. En este trámite se suele tardar de 1 a 3 días, dependiente de las fechas si son sábado, domingo o festivos.

4º Según los datos que constan, a fecha del informe por el Laboratorio de Genética en el que refiere no encontrar crecimiento celular, es de 13/12/04, en que la gestante estaba de 19 semanas, este informe suele llegar a la Consulta entre 1 y 3 días y luego se tardan de 1 a 3 días en localizar a la paciente y comunicárselo. Constatando estas fechas que el plazo de días entre la fecha del informe de genética y el momento en que se comunica a la paciente pueden pasar 4, 5 ó 6 días. En este caso, la información se reconoce fue hecha en la semana 20, lo que está hecho en los plazos requeridos."

Décimo

La Médico Inspector designada para la elaboración del preceptivo informe, con fecha 29 de marzo de 2006, se dirige al Dr. S. del Servicio de Ginecología y Obstetricia solicitandole informe, a la mayor brevedad, sobre los siguientes aspectos:

- 1. Si Usted, cuando informó a la paciente de que la prueba de amniocentesis realizada no era válida, le indicó que se la podían repetir.*
- 2. En caso afirmativo, ¿cuál fue la respuesta de la paciente?*
- 3. ¿En qué fecha le comunicó a la paciente que no se había podido realizar el cariotipo?*
- 4. ¿En qué semana de gestación estaba la paciente cuando se lo comunicó?*

5. *¿Había tiempo suficiente para realizar de nuevo la prueba y para realizar una I.V.E., de acuerdo con la normativa legal?*

6. *Cuantos hechos relacionados con el tema estime pertinentes."*

La solicitud es reiterada el siguiente 2 de mayo, añadiendo a las anteriores la siguiente cuestión:

"¿La paciente firmó algún documento indicando que no quería que le realizaran una nueva amniocentesis?."

Ante la falta de respuesta a la solicitud, el día 1 de junio la Médico Inspector cita al Dr. S. a comparecencia el día 7 de dicho mes, fecha en que comparece el requerido y responde personalmente al interrogatorio planteado.

Décimo Primero

La Médico Inspector, con fecha 16 de junio de 2006, emite el informe solicitado por la Instructora en base a los de los especialistas que atendieron a la interesada y a la declaración del Tocólogo que había informado a aquélla del resultado de la prueba de amniocentesis y le había ofrecido realizar una segunda, oferta no aceptada por la interesada. El informe, una vez analizados los hechos y antecedentes, concluye que "los Facultativos que trataron a D^a Beatriz O. N. actuaron de acuerdo con la "lex artis ad hoc" ya que:

"Aunque el Ginecólogo que realizo la amniocentesis extrajo un líquido hemático y no hubo crecimiento celular, la prueba se realizo de acuerdo con los protocolos establecidos y la paciente firmó el correspondiente consentimiento informado que establece en su punto 3 que "la técnica puede fracasar por no conseguir la extracción del líquido amniótico o por problemas de laboratorio que impiden la emisión de un diagnóstico completo. En este tipo de muestras son de difícil crecimiento pero en alguna de ellas pueden obtenerse resultados. Según experiencia del Laboratorio de Genética del Hospital San Millán, en un 50% de los casos de muestras hemáticas y coaguladas hay crecimiento celular.

Según el protocolo de actuación del Servicio de Ginecología de Hospital San Millán, cuando se recibe el informe escrito de una amniocentesis el Médico de la Consulta bien directamente o da la orden a la enfermera para que contacte con la paciente y comunicarle el resultado de la prueba. Este trámite suele tardar de 1 a 3 días, según las fechas si son sábado, domingo o festivo. A D^a Beatriz O. N., según refiere el Dr. S., le informó personalmente del resultado negativo de la prueba y que era necesario repetirla, pero la paciente no aceptó. En ese momento, la paciente estaba en la semana 19+1 o 19+2 y, si hubiera accedido a realizarse nueva amniocentesis, hubiera tenido tiempo suficiente para realizar una interrupción del embarazo dentro del plazo legal permitido, ya que al líquido amniótico se le realizan 2 tipos de pruebas: QF-PCR, cuyos resultados se leen a las 48-72 horas (que informa de las trisomias más comunes); y el cultivo celular, que crece en 2 o 3 semanas.

Durante el embarazo, se realizo un control adecuado; y en la semana 27 de gestación, se detectó una malformación compatible con atresia duodenal, y dado el elevado porcentaje que en fetos con este signo presentan malformación cardiaca, con fecha 22/02/2005, se cito a la paciente en el Hospital Miguel Servet de Zaragoza.

Cuando la paciente se puso prematuramente de parto y; al no dar tiempo para trasladarla al Hospital Miguel Servet de Zaragoza para el parto, este se realizó en el Hospital San Millán, con la coordinación del Ginecólogo de guardia, el Pediatra de guardia y el Jefe de la guardia. Tras el parto, se trasladó al recién nacido a la Unidad neonatal e inmediatamente el Pediatra de guardia se puso en contacto con el Pediatra de guardia del Hospital Infantil Miguel Servet de Zaragoza para traslado urgente.

El Pediatra de guardia del Hospital San Millán, en la exploración al nacimiento, recoge en su informe facies prematura y no hace referencia al fenotipo compatible con Síndrome de Down pero, según refiere en su escrito, comunicó a la familia la necesidad de traslado urgente a otro Centro donde le realizarían nuevas determinaciones, dada la asociación de la atresia duodenal con otras malformaciones y síndromes genéticos.

Finalmente, el diagnóstico de Síndrome de Down solo lo pudieron confirmar en el Hospital Miguel Servet ya que, si bien el neonato presentaba un fenotipo compatible con Síndrome de Down y malformaciones asociadas, el diagnóstico de presunción solamente puede confirmarse con la realización de un cariotipo que demuestra la presencia de una trisomía 21. El cariotipo que le realizaron en Zaragoza se informó el 12/04/2005."

Con fecha 19 de junio, el informe es remitido a la Compañía de seguros Z.

Décimo segundo

Mediante carta de fecha 5 de julio de 2006, la Instructora del procedimiento comunica a la interesada la finalización de la instrucción, dándole vista del expediente por un plazo de 15 días hábiles para que formule alegaciones y presente los documentos que considere oportunos.

Haciendo uso del trámite, la interesada comparece en el Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Consejería y solicita una copia de todos los documentos obrantes en el expediente, sin que posteriormente formule nuevas alegaciones.

Décimo tercero

Con fecha 24 de noviembre de 2006, la Instructora del expediente emite Propuesta de Resolución del siguiente tenor: *"Que se desestime la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por D^a Beatriz O. N., porque no existe relación de causalidad entre la prestación del servicio y las lesiones padecidas; o bien porque, aun existiendo relación de causalidad no sería imputable a la Administración por haberse actuado de conformidad con la lex artis".*

Décimo cuarto

El Secretario General Técnico, el siguiente día 27 de noviembre, remite a la Letrada

de los Servicios Jurídicos el expediente íntegro para su preceptivo informe, que es emitido favorablemente el 5 de diciembre de 2006.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 11 de diciembre de 2006, registrado de entrada en este Consejo el día 15 de diciembre de 2006, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja para dictamen el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de 15 de diciembre de 2006, registrado de salida el día 18 de diciembre de 2006, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 €

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

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LRJ-PAC) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Una vez sentados los requisitos necesarios para que surja responsabilidad patrimonial del Servicio Riojano de Salud, hemos de centrarnos en la reclamación formulada por la interesada para determinar si concurren los mismos. La interesada afirma que le fue practicada defectuosamente la prueba de la amniocentesis al haber extraído líquido donde se apreciaban claramente coágulos de sangre que impedían su estudio. Además, considera que el SERIS tardó demasiado tiempo en comunicarle los resultados de las pruebas y todo ello provocó que la interesada no pudiera conocer la enfermedad que padecía su feto y así poder ejercitar su derecho a interrumpir el embarazo. Pues bien, este Consejo entiende que no existe un nexo causal entre el funcionamiento del SERIS y el

daño alegado por la interesada que permita estimar la reclamación de ésta, como a continuación analizaremos.

En primer lugar, en lo referente a la supuesta negligencia cometida por el Especialista que practicó a la interesada la prueba de la amniocentesis, debemos acudir al informe realizado por éste, el Dr. M. M. S., en el que concluye que no existió mala praxis en la realización de la prueba ni en el envío al Laboratorio para su análisis, pese a contener restos serohemáticos el líquido amniótico extraído. A juicio de este Especialista, el crecimiento celular en este tipo de casos se produce en un 98% de las veces, habiendo sido informada la interesada de la posibilidad de fracaso de la prueba. Estas afirmaciones son corroboradas por el informe emitido por el Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología en el que afirma que *"...la amniocentesis con contenido hemático cursa con un crecimiento mas lento de las células que puede alargarse hasta las tres semanas, pero generalmente suele haber crecimiento celular, salvo excepciones como es el caso que nos ocupa..."* o también por la Médico Inspector en su informe final, en el que dice que *"en este tipo de muestras son de difícil crecimiento pero en alguna de ellas pueden obtenerse resultados. Según experiencia del Laboratorio de Genética del Hospital San Millán, en un 50% de los casos de muestras hemáticas y coaguladas hay crecimiento celular..."*

No existiendo otro informe pericial que rebata lo alegado por el Dr. M. M. S., hemos de dar por válidas sus alegaciones y afirmar que existió una praxis correcta en la realización de la prueba, pese al fracaso a la hora de obtener los resultados.

En segundo lugar, debemos determinar si existió una mala praxis en la comunicación de los resultados a la interesada y si esto contribuyó a la imposibilidad de interrumpir el embarazo a tiempo. Para ello entendemos que es fundamental el informe antes referido del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología que especifica el protocolo de actuación a la hora de comunicar los resultados de la prueba de amniocentesis. Literalmente este informe establece que:

"El protocolo de actuación consiste en que cuando se recibe el informe escrito, el Médico de la Consulta bien directamente o da orden a la Enfermera para que contacte con la paciente y comunicarle el resultado. En este trámite se suele tardar de 1 a 3 días, dependiente de las fechas si son sábado, domingo o festivos...Según los datos que constan, a fecha del informe por el Laboratorio de genética en el que refiere no encontrar crecimiento celular, es de 13/12/04, en que la gestante estaba de 19 semanas, este informe suele llegar a la Consulta entre 1 y 3 días y luego se tardan de 1 a 3 días en localizar a la paciente y comunicárselo. Constatando estas fechas que el plazo de días entre la fecha del informe de genética y el momento en que se comunica a la paciente pueden pasar 4, 5 ó 6 días. En este caso, la información se reconoce fue hecha en la semana 20, lo que está hecho en los plazos requeridos."

Por tanto, no puede afirmarse que el SERIS actuara de forma negligente en la comunicación de los resultados a la interesada, sino lo contrario, la información fue dada siguiendo los protocolos médicos de actuación.

Para finalizar, cabe plantearse si la interesada contribuyó, con su actuación, a la

producción del daño consistente en la pérdida de la oportunidad de interrumpir su embarazo en plazo legal. Y, realmente, así fue al haberse negado a realizarse una segunda amniocentesis, pese a que el Dr. S. se lo ofreció. A este respecto, tanto el informe del Laboratorio Central de Genética del SERIS, como el de la Médico Inspector concluyen afirmando que, con una segunda prueba, hubiera tenido tiempo suficiente para realizar una interrupción del embarazo dentro del plazo legal, ya que al líquido amniótico se le realizan dos tipos de pruebas: QF-PCR, cuyos resultados se leen a las 48-72 horas, y el cultivo celular que crece en 2 o 3 semanas. Y el síndrome que padece el hijo de la interesada hubiera sido detectado con la prueba QF-PCR.

El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la «*lex artis*» y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la «*lex artis*» es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida («*lex artis*»). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad, exigiendo que, no sólo exista el elemento de la lesión, sino también la infracción de dicha «*lex artis*»; de exigirse sólo la existencia de la lesión, se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual es la de la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse ésta con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva, sin que fuera preciso la prueba de la infracción del criterio de normalidad representado por la «*lex artis*».

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de marzo de 1998, utiliza el criterio de la «*lex artis*» y entiende que surge la responsabilidad «*cuando no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido -común humanitario*». La STS de fecha 1 de marzo de 1999 establece con precisión la importancia de la prueba en esta clase de reclamaciones, insistiendo en la importancia específica de la prueba pericial: «*lo cierto es que, en el caso enjuiciado, ante la ausencia de informes médicos periciales, no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite error en el diagnóstico médico...*»

En el caso que ahora dictaminamos, los profesionales del SERIS actuaron conforme a la "*lex artis ad hoc*", sin que su actuación contribuyera en modo alguno a la producción del daño cuyo resarcimiento se reclama. La reclamación formulada cita la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, que estima una demanda relacionada con la prueba de la amniocentesis y el nacimiento de un menor con el síndrome de down. Pero, el

supuesto de hecho es muy distinto al del presente caso, en cuanto que en aquél sí que se dio una mala actuación médica profesional, ya que quedó acreditado que los resultados fueron comunicados de manera tardía cuando la embarazada ya no podía interrumpir su embarazo. Se transcribe literalmente parte del fundamento jurídico tercero de la citada sentencia: **"...dicha prueba por determinadas causas no constatadas fracasó, conociéndose tal resultado el 7 de julio de 1989, sin que se le notificara a la paciente tal evento hasta el mes de septiembre siguiente, a pesar que el 14 de julio, la recurrente, demostró su interés en reconocer el resultado, inquiriendo para ello a la doctora R. P. T., que a la sazón sustituía al mencionado doctor J. S. L. A pesar de lo cual, cuando dicha madre gestante conoció el fracaso de las pruebas, ya no se podía proceder de una manera legal a interrumpir voluntariamente su embarazo, por haber transcurrido el plazo legal para ello..."**

En conclusión, reiterando doctrina de este Consejo expuesta en buen número de Dictámenes anteriores, como el 83/2006, por citar uno reciente, el daño no es indemnizable y no porque la paciente tenga el deber jurídico de soportarlo, dado que no hay norma alguna que imponga semejante deber a los pacientes, sino porque, en materia sanitaria, 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). En materia sanitaria, pues, 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: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios, y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto -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.

En materia sanitaria, por tanto, además de los criterios positivo y negativo de la imputación objetiva del daño a la Administración que con carácter general establece el ordenamiento, entra ineludiblemente en juego un *criterio específico*, que es el del cumplimiento o incumplimiento por los servicios médicos de esa obligación o deber jurídico preexistente puesto a su cargo, que, en la medicina curativa, es de medios y no de resultado: el cumplimiento de esa obligación —la actuación conforme a la *lex artis ad hoc*— impide imputar el daño a la Administración; su incumplimiento, en cambio, determina tal imputación. De este modo, cuando tal obligación se ha cumplido, no es que el perjudicado tenga un específico deber jurídico de soportar el daño (como no lo tiene en el marco general del art. 1.902 Cc. cuando la conducta del dañante no ha sido negligente), sino que, simplemente, no puede imputar dicho daño a ningún sujeto por no concurrir el imprescindible criterio positivo de imputación que el ordenamiento siempre requiere para hacer nacer la responsabilidad y la consiguiente obligación de indemnizar aquél. En tales casos, el perjudicado se ve en la precisión de soportar el daño como consecuencia

inevitable de la aplicación de las reglas contenidas en nuestro sistema de responsabilidad, pero no porque tenga –que no lo tiene- un específico deber jurídico de soportarlo: ello no es, en conclusión, resultado de la concurrencia del criterio negativo de imputación previsto en el artículo 141.1 LRJPAC, sino mero efecto reflejo de la no concurrencia de un ineludible criterio positivo de imputación.

CONCLUSIONES

Unica

El daño moral cuyo resarcimiento reclama D^a Beatriz O. N. no es imputable al Servicio Riojano de Salud, pues no ha quedado acreditado que los Facultativos que la atendieron incumplieran las obligaciones derivadas de la *lex artis* aplicable al caso. No existe, en consecuencia, relación de causalidad entre la actuación de la Administración sanitaria y el daño producido.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero