

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. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

3/07

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D^a. Ivonne A. G., en nombre y representación de D. Cándido L. R. y de sus hijos D^a. Sílvia, D^a. Cándida, D^a. Ana y D. José L. J. como consecuencia de la muerte de su esposa y madre, D^a. Ana María J. C., tras una intervención de reducción de estómago a la que fue sometida en la Fundación Hospital de Calahorra.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D^a. Ivonne A. G., letrada y representante de D. Cándido L. R. y de sus hijos D^a. Silvia, D^a. Cándida, D^a. Ana y D. José L. J., mediante escrito de 11 de enero de 2006, presentado en el Registro de la Delegación del Gobierno en La Rioja el 13 de enero y, tras su envío, registrado de entrada el 19 de enero, en la Oficina Auxiliar del Registro de Salud, del Gobierno de La Rioja, presenta reclamación previa de responsabilidad patrimonial contra la Consejería Riojana de Salud (SERIS), así como a su seguro de responsabilidad civil, como responsables –por "negligencia médica"- del fallecimiento de D^a. Ana María J. C., el 7 de octubre de 2005, tras la intervención de reducción de estómago que se le practicó el 10 de agosto de 2005, en la Fundación Hospital Calahorra, quebrantando los criterios de atención, diligencia, pericia y cautela asistencial en la intervención, como en los cuidados de la mujer y madre de sus representados. Expone en síntesis que:

-D^a. Ana María J. fue intervenida el 10 de agosto de 2005 de reducción de estómago. Las expectativas que le dieron eran francamente optimistas, en ningún momento se le advirtió de posibles complicaciones. Fue dada de alta el 24 de agosto siguiente.

-El 27 de agosto, fue de nuevo ingresada y sometida, el 28 de septiembre, a una segunda intervención

"ya *que la unión del estómago y el intestino delgado no había sellado bien*". En días posteriores se manifiestan diversas complicaciones.

-El 4 de octubre de 2005, es trasladada a la UCI del Hospital *San Millán-San Pedro*.

-El 7 de octubre de 2005, falleció en dicho Hospital.

Valora la "impericia profesional" en 153.725.02 €.

Segundo

Mediante escrito de 25 de enero de 2006, notificado el 27 de enero, se requiere a la interesada para acreditar la representación con la que actúa, así como el parentesco con la fallecida, mediante Libro de Familia, teniéndole por desistida de la petición en caso contrario.

Mediante comparecencia apud acta, D. Cándido L. R. y D^a Ana L. J. otorgan su representación a favor de la Letrada. Constan incorporadas al expediente fotocopias del Libro de Familia, que acredita la condición de cónyuge e hijos de los reclamantes.

Asimismo, con fecha 16 de febrero de 2006, la Letrada aporta poder notarial acreditativo de la representación otorgado por los restantes hijos (D^a Silvia, D^a Cándida-María, y D. José L. J.), ante el Notario D. Gonzalo M. A., de Alfaro, el día 10 de febrero de 2006.

Tercero

Mediante Resolución de 3 de marzo de 2006, el Secretario General Técnico, por delegación del Consejero de Salud, tiene por iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial referido y se designa a la Instructora del mismo, lo que se comunica a la Letrada, mediante notificación de 8 de marzo de 2006.

Cuarto

Con fecha 6 de marzo de 2006, y notificación el 8 de marzo, la Instructora del procedimiento comunica a la Letrada la recepción del escrito de reclamación el día 19 de enero de 2006, a los efectos legales pertinentes.

Quinto

Mediante escrito de 6 de marzo de 2006, la Instructora solicita al Director Gerente de la Fundación Hospital de Calahorra la documentación y datos relativos a los profesionales

que intervinieron en la atención sanitaria a la que se refiere la reclamación.

En otro escrito de 7 de marzo, se requiere a la Gerencia del Área II *Rioja Media*, Hospital *San Millán*, la documentación e informe referidos a la misma reclamación.

Sexto

Con fecha 7 de marzo de 2006, y notificación del 15 de marzo, se comunica la iniciación del procedimiento de responsabilidad a M. I., S.A.S. como Aseguradora del INSALUD en la fecha en que ocurrieron los hechos.

Séptimo

El 16 de marzo de 2006, con registro de entrada el 20 de marzo, la Asesoría Jurídica de la Dirección Gerencia del Área II remite a la Secretaría General Técnica de la Consejería la información relativa al alta de hospitalización de la asistencia médica prestada en el Hospital *San Millán-San Pedro* (folios 29-32). Consta como juicio clínico:

"Desmielinización osmótica cerebral secundaria a hiponatremia aguda (probable diagnóstico SIADH según F.H. Calahorra). Coma. Postoperatorio de cirugía bariátrica tipo Marceau complicada (Síndrome adherencial) con reintervención posterior. Neumonía nosocomial por estreptococo agalactiae y staphylococcus aureus. Insuficiencia respiratoria. Ventilación mecánica. Shock séptico. Fallo multiorgánico. Exitus".

Octavo

El Director Gerente de la FH Calahorra, mediante escrito de 17 de marzo, registrado de entrada el 22 de marzo, remite copia íntegra de la historia clínica de la Sra. J. C. (dos CDrom con el historial informatizado y el resto de la histórica clínica que obra en soporte papel), así como informe de los profesionales que intervinieron en la atención sanitaria prestada (folios 33 a 231. Entre esta documentación cabe destacar:

A) Consentimiento informado para las distintas intervenciones médicas de que fue objeto, en particular, para la de cirugía de la obesidad, firmado el 5 de julio de 2005 (folio 41). Consta referencia a los riesgos comunes a cualquier intervención y otros específicos poco graves y frecuentes - que enumera- y otros, poco frecuentes y graves, que también enumera. Expresamente consta en este, Apartado 4: *"el Médico me ha explicado que estas complicaciones habitualmente se resuelven con tratamiento médico (medicamentos, sueros, etc.) pero puede llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, incluyendo un riesgo de mortalidad"*. Consta, asimismo, en el apartado 6 que *"El Médico me ha explicado que en mi caso no existe una alternativa eficaz de tratamiento, ya que han fallado los métodos convencionales"*.

B) Los comentarios evolutivos de la hospitalización relativos a Enfermería, desde el 10 al 24 de agosto de 2005, y del 28 de agosto al 4 de octubre de 2005, fecha de traslado a

la UCI del Hospital *San Millán-San Pedro*.

C) Informe clínico redactado por el Dr. Carlos E., Cirujano responsable de la intervención de reducción de estómago. Merece destacarse del contenido de dicho informe que:

D^a Ana María J. C. le fue remitida para estudio por presentar obesidad mórbida desde hace 20 años; que había seguido diferentes tratamientos y revisiones con la Nutricionista, el Médico de atención primaria y el Endocrino durante los últimos 10 años, fracasando en este objetivo, a pesar de los cuidados especializados; que aquejaba de absoluta imposibilidad para la deambulaci3n, motivada por una osteoartrosis generalizada secundaria a su obesidad, y vértigo; que presentaba en exploraci3n física 1'59 m. de altura, 112 kg de peso y IMC 44,97; hechos los estudios preoperatorios, se le practicó gastrectomía restrictiva y bypass duodeno-yeyunal siguiendo la técnica de Marceau, recuperando en el plazo de 14 días la plena tolerancia digestiva, siendo dada de alta el 24 de agosto de 2005; que el 28 de agosto siguiente acudió al Servicio de Urgencias por presentar síndrome emético postquirúrgico, con intolerancia a sólidos y líquidos tras realizar una transgresi3n dietética, y es ingresada con insuficiencia renal aguda, pancreatitis aguda, síndrome emético, hemorragia digestiva alta, deshidrataci3n aguda, diselectrolitemia, malnutrici3n calórico-proteica, fracaso multiorgánico (renal, pancreático y digestivo); da cuenta pormenorizada de todo el proceso asistencial posterior dirigido a restablecer la funci3n renal y la clínica de la pancreatitis aguda para preparar una segunda intervenci3n, que se produce el 28 de septiembre (antrectomía parcial con anastomosis gastroyeyunal término-terminal como tratamiento de estenosis gástrica inflamatoria postpancreatitis aguda); de las incidencias posteriores, así, el 30 de septiembre, presenta "*hiponatremia sintomática hipotónica con excreci3n de sodio elevada. Alta sospecha de SD secreci3n inadecuada de ADH(postcirugía)*"; se producen reiteradas pérdidas de conciencia en días posteriores y el 4 de octubre se diagnostica "*hiponatremia hiposmolar: probable SIADH postquirúrgico agudo. Mielenolisis pontina secundaria a patología hidroelectrolítica cirugía bariátrica*"; se decide traslado a UCI del Hospital San Millán, informando a la familia del grave pronóstico.

Las conclusiones del informe clínico elaborado por el Dr. E. son las siguientes:

"1. La paciente fue informada en consultas de los riesgos y beneficios de la intervenci3n quirúrgica de una forma progresiva y minuciosa que abarcó tres consultas de Cirugía, dos de Neumología y una de Anestesiología conociendo los detalles pormenorizados de la misma y adecuándose al protocolo de inclusi3n quirúrgica del Centro, basado en estándares de Sociedades internacionales.

2. El postoperatorio de la primera intervenci3n fue satisfactorio, y su reingreso fue determinado por una pancreatitis aguda, cuya causa no puede ser determinada al desencadenarse durante el período postoperatorio tardío (pancreatitis postquirúrgica) o debido a una transgresi3n dietética severa.

3 La pancreatitis respondió satisfactoriamente al tratamiento médico instaurado y, en el primer control endoscópico, las anastomosis digestivas eran permeables.

4 La evoluci3n de la pancreatitis motivó una reacci3n inflamatoria severa que produjo, en el plazo de una semana, una estenosis casi completa de las anastomosis digestivas, obligando a su reintervenci3n.

5. La paciente fue preparada de forma meticulosa para la reintervenci3n, tratando de desminuir, en la mayor medida posible, la morbimortalidad inherente a cualquier reintervenci3n quirúrgica.

6. En el postoperatorio intermedio, la paciente presentó un cuadro de hiponatremia y alteraciones de

la glucemia, secundarios a un síndrome de secreción inadecuada de ADH (SIADH) postquirúrgico.

7. Con motivo de los desbalances electrolíticos, motivados por el SIADH, la paciente presentó un cuadro neurológico de daño neuronal denominado mielinolisis pontina, que motivaron el estado de coma y conllevaron su traslado a una Unidad de Cuidados Intensivos, con soporte ventilatorio invasivo.

8. Que todas las actitudes diagnósticas y terapéuticas practicadas por los facultativos de la FHC se atienen a rigurosa 'lex artis' y siguen, de forma meticulosa, estándares de cuidados de Sociedades internacionales, cumpliendo todos los requisitos de atención, diligencia, pericia y cautela asistencial, tal y como lo corrobora el intenso seguimiento de la paciente desde su recepción en Consultas externas hasta su traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital San Millán", (folio 231)".

Noveno

La Instructora, mediante escrito de 27 de marzo 2006, da traslado del expediente a la Subdirección General de Ordenación, Prestaciones y Autorizaciones de Centros para que se emita, por la Inspección médica, el oportuno informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación que sirvan para fundar la propuesta de resolución.

Dicho informe es cumplimentado el 15 de junio de 2006, folios 233 a 237. Tras el relato de la asistencia prestada, formula una serie de conclusiones, la tercera de las cuales es del tenor siguiente:

"La actuación de los Facultativos intervinientes en todo el proceso asistencial ha sido adecuada y correcta, realizándose un seguimiento riguroso e intenso y adoptándose las medidas oportunas de acuerdo con el curso evolutivo, informándose a la familia y a la paciente, que firmó los correspondientes consentimientos informados", (folio 237).

Décimo

El 20 de junio de 2006, mediante la notificación correspondiente, la Instructora del procedimiento da trámite de audiencia a la Letrada defensora y representante de los reclamantes, así como a M. I., S.A.S.

En dicho trámite comparece la Letrada, el 3 de julio de 2006, y retira copia de la documentación obrante en el procedimiento, si bien no presenta alegaciones.

Undécimo

El 12 de diciembre de 2006, la instructora del procedimiento formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, *"al no ser imputable el daño que se reclama a los servicios públicos sanitarios"*.

Duodécimo

El Secretario General Técnico, mediante escrito de 13 de diciembre de 2006, remite el expediente, para informe, a la Asesoría Jurídica, que lo emite, de forma escueta, el 21 de diciembre, en sentido favorable a la desestimación de la reclamación.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 26 de diciembre de 2006, registrado de entrada en este Consejo el 3 de enero del 2007, 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 3 de enero de 2007, 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.

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 presente 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 el reconocimiento de la Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

De acuerdo con el marco jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, enunciado en el artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrollado en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el pertinente desarrollo reglamentario en materia procedimental, a través del R.D. 429/1993 de 26 de marzo, los requisitos necesarios para que se reconozca la responsabilidad patrimonial, tal y como este Consejo viene recogiendo en sus dictámenes (cfr. Dictamen 23/98, F.J.2), pueden sintetizarse así:

1º.- Existencia de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (lesión antijurídica). El daño ha de ser efectivo (no hipotético, potencial o de futuro, sino real), evaluable económicamente (bien se trate de daños materiales, personales o morales) e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

2º.- Que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público, sin intervención del propio perjudicado o de un tercero que pueda influir en el nexo causal.

3º.- Que el daño no se haya producido por fuerza mayor.

4º.- Que no haya prescrito el derecho a reclamar, cuyo plazo legal es de un año, computado 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 directa de la Administración (aunque el daño haya sido causado por personal dependiente de la Administración o sea atribuible genéricamente a los servicios administrativos), *objetiva* (aunque no haya mediado culpa individual o la actuación no haya sido "ilícita") y *general* (aplicable a cualesquiera de las

actividades y servicios de la Administración).

En el presente caso, se trataría –según el contenido de la reclamación- de un caso de funcionamiento anormal del servicio público sanitario, dado que ha existido una "negligencia médica" que ha ocasionado el fallecimiento de la esposa y madre de los reclamantes tras una intervención de reducción de estómago practicada en la Fundación Hospital de Calahorra, "*quebrantando los criterios de atención, diligencia, pericia y cautela asistencial en la intervención*".

Ahora bien, que el sistema de responsabilidad patrimonial sea objetivo no permite deducir, como oportunamente ha señalado la jurisprudencia, que la Administración tenga un deber general de indemnizar cualquier daño que pueda imputarse causalmente al funcionamiento de sus servicios. No es ocioso recordar que la protección constitucional de la salud y el derecho de asistencia sanitaria reconocido en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, desarrollada por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud, así como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del sistema nacional de salud, no son absolutos, pues, por ambiciosas y amplias que sean las prestaciones reconocidas, no podemos soslayar la condición perecedera del ser humano y las propias limitaciones de la ciencia y técnica médicas, para la que todavía hay enfermedades incurables y procesos biológicos inescrutables y fuera de su control. Por esa razón, la acción de los poderes públicos en materia sanitaria es, sobre todo, una *prestación de medios* (correlato al derecho individual de cada paciente a la protección a la salud y a la atención sanitaria) y no de resultados.

Y es que, en materia sanitaria, la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de *medios* y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la *lex artis ad hoc*, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo.

Tercero

Sobre la concurrencia de los requisitos formales de la reclamación.

En el supuesto que nos ocupa, y en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales, la reclamación ha sido presentada por Letrada con poder suficiente que actúa en defensa y representación de los perjudicados. La acción ha sido ejercida dentro del plazo del año a contar desde la fecha del fallecimiento de D^a Ana María J. C., ocurrida el 7 de octubre de 2005, de acuerdo con el art. 142.5 LPAC.

Cuarto

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.

Pues bien, no niega la Administración, en la Propuesta de resolución, que exista nexo causal, en sentido estricto, entre la intervención quirúrgica de reducción de estómago y el fallecimiento de D^a Ana María J., que se produce como consecuencia de las complicaciones derivadas de dicha intervención.

Donde discrepan las partes es en los criterios de imputación objetiva del daño a la Administración. Para la reclamante, ha existido una "negligencia médica", que objetiva en el fallecimiento causado, inesperado ante las expectativas, francamente optimistas, que le dieron y que, en ningún momento, se le advirtió de posibles complicaciones, razón por la que se han quebrantado los criterios de atención, diligencia, pericia y cautela asistencial en la intervención, como en los cuidados de la esposa y madre de los reclamantes. Esto es, traduciendo esa apreciación a la terminología que nos es habitual, existe un criterio de imputación positivo por funcionamiento anormal del servicio público sanitario, que debe responder del daño causado.

Sin embargo, para la Propuesta de resolución, como quiera que la asistencia sanitaria prestada ha sido correcta, no cabe hablar de funcionamiento anormal del servicio, por lo que se trataría de daños causados en un supuesto de funcionamiento normal del servicio. Y, en este caso, para que el daño pueda ser imputable a la Administración, debe tratarse de una actuación médica no ajustada a la *lex artis*, circunstancia que no concurre en el presente caso, siendo las complicaciones derivadas de la intervención un riesgo típico de la misma, y habiendo dado la fallecida su consentimiento para la intervención, una vez conocidos los riesgos de la misma. En consecuencia, el daño no es imputable a los servicios sanitarios.

En el presente caso, salvo la alegada afirmación apodíctica de "negligencia profesional", objetivada por el fallecimiento –el daño más extremo para la vida, ciertamente-, no hay constancia alguna en el historial clínico que permita deducir una actuación no ajustada a la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada a D^a Ana María J., como consecuencia de la delicada intervención quirúrgica de reducción de estómago, considerada único tratamiento –ante el fracaso de otros métodos menos agresivos, nutricionales y endocrinológicos- de la grave enfermedad que aquejaba a la fallecida (obesidad mórbida, con absoluta imposibilidad para la deambulaci3n, motivada por una osteoartritis generalizada secundaria a aqu3lla y marcada insuficiencia venosa perif3rica bilateral). Ninguna prueba pericial ha aportado la reclamante que acredite una mala praxis médica, no ajustada a la *lex artis*, en el complejo proceso quirúrgico y hospitalario

prestado a la fallecida, ya se refiera a las actuaciones facultativas individuales de los profesionales médicos, como a las objetivas relativas a la idoneidad del establecimiento hospitalario para realizar tal intervención.

En este sentido, consta documentada la grave enfermedad padecida por la fallecida, no resuelta por anteriores tratamientos no agresivos; se hacen los estudios previos para descartar cualquier incompatibilidad; fue informada de los riesgos de la intervención, y, a tal fin, así se recogen en el consentimiento informado suscrito por la fallecida; no existe incidencia alguna en la intervención quirúrgica inicial; y el postoperatorio se desenvuelve con las incidencias habituales; se le da de alta, si bien a los tres días reingresa en urgencias debido a una pancreatitis aguda "*cuya causa no puede ser determinada, al desencadenarse durante el postoperatorio tardío (pancreatitis postquirúrgica) o debido a una transgresión dietética severa*", en palabras del Facultativo responsable de la intervención; esa pancreatitis motivó diversas complicaciones (estenosis casi completa de las anastomosis digestivas), que hicieron necesaria una reintervención, en cuyo postoperatorio se produjeron nuevas complicaciones causantes de daños neurológicos graves (mielínolisis pontina) que justificaron el traslado a la UCI del Hospital *San Millán*, que nada pudo hacer ante el fallo multiorgánico.

Pero no se han acreditado, como queda señalado, actuaciones médicas contrarias a la *lex artis* aplicable al caso, y las complicaciones surgidas no son extrañas al tipo de intervención a la que fue sometida la paciente fallecida, al constituir un riesgo típico, del que fue informada –en contra de lo manifestado por la Letrada de los reclamantes–, y para el que dio su consentimiento informado. Es obvio, como hemos señalado en anteriores Dictámenes, que el consentimiento informado –una obligación para la Administración, correlativo al derecho del paciente– no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada, ni actúa como título que justifique cualquier daño, sino tan solo aquellos daños que no resulten extraños o ajenos al acto clínico realizado. Y, por duro que resulte admitirlo, la mortalidad constituye un riesgo típico de la cirugía bariátrica, como las estadísticas ponen de manifiesto.

Así se recoge en la parte final del Apartado 4 del consentimiento informado suscrito por D^a Ana María J. el 4 de julio de 2005, donde, tras enumerar los riesgos comunes y los específicos (poco graves y frecuentes y poco frecuentes y graves), señala que "*el Médico me ha explicado que estas complicaciones habitualmente se resuelven con tratamiento médico (medicamentos, sueros, etc.) pero pueden llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, incluyendo un riesgo de mortalidad*".

Pues bien, tratándose de un riesgo típico, no extraño a una intervención quirúrgica especialmente peligrosa como la practicada, y, por ello, inevitable, pese a la gravedad del daño causado –el fallecimiento–, no habiéndose acreditado ninguna actuación contraria a la *lex artis*, dicho daño no es indemnizable, ni puede ser imputado a la Administración.

Y no lo es, no porque la paciente tenga el deber jurídico de soportarlo, dado que no hay norma alguna que, en materia sanitaria, 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 definitiva, en materia sanitaria, opera un criterio específico de imputación del daño, 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.

Quinto

Consideraciones formales

No aparece justificación alguna en el procedimiento que justifique la demora en la tramitación y resolución del mismo. En efecto, si bien el escrito de iniciación se registra el 19 de enero de 2006, debe entenderse que, hasta tanto no se subsanan los defectos formales del escrito de iniciación, queda interrumpido el cómputo (desde el 27 de enero hasta el 16 de febrero) del plazo de seis meses para la resolución del procedimiento, plazo que hubiera concluido, en consecuencia, el 10 de julio de 2006. Sin embargo, desde el 3 de julio de 2006, fecha en la que se comparece la Letrada representante de los reclamantes a retirar copia de la documentación, hasta el 12 de diciembre, fecha de la Propuesta de resolución, no existe actuación alguna, sin que se haya justificado la razón de dicha inactividad. Tal vez se hayan seguido las actuaciones propias del contrato de seguro suscrito con M. I., S.A.S, Aseguradora de la Administración regional, pero de ello, como queda señalado no

se deja constancia en el expediente. Y no podemos sino resaltar este retraso en la tramitación y resolución, que supera con creces el plazo para resolver y notificar. Una vez más, queda evidenciada la disfuncionalidad que suscita la posible tramitación concurrente y simultánea de la fase estrictamente administrativa, con la singular derivada del contrato de seguro, que sería aconsejable clarificar.

Por lo demás, debe cuidarse los aspectos formales de los sujetos que inician el procedimiento de responsabilidad. El procedimiento no se ha tramitado –como se recoge en el escrito de remisión del Consejero de Salud a este Consejo Consultivo- "*a instancia de D^a Ana María J. C.(;sic!) como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada*", persona fallecida, sino de D^a Yvonne A. G., en representación de D. Cándido L. R. y sus hijos.

CONCLUSIONES

Única

El daño derivado del fallecimiento de D^a Ana María J. C. tras la intervención quirúrgica de reducción de estómago a la que fue sometida en la Fundación Hospital de Calahorra y que reclama D^a. Ivonne A., en representación de D. Cándido L. R. y sus hijos D^a Silvia, D^a Cándida, D^a Ana y D. José L. J., no son imputables al Servicio Riojano de Salud, pues no ha quedado acreditado que la asistencia sanitaria prestada haya incumplido las obligaciones derivadas de la *lex artis* aplicable al caso. No existe, en consecuencia, relación de causalidad entre el daño producido y la actuación de la Administración sanitaria.

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