

En Logroño, a 19 de junio 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, D. José M^a Cid Monreal y D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

50/07

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 D. P. por daños derivados de una punción mamaria practicada en el Hospital *San Millán-San Pedro*, de Logroño.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D^a D. P., de 53 años de edad, ingresada en el Centro Penitenciario de Logroño, el día 15 de diciembre de 2004 acudió a revisión al Servicio de Ginecología del Hospital *San Millán*. Como antecedentes, la paciente refería histerectomía por neoplasia genital. La exploración del aparato genital fue normal y aconsejaron realizar mamografía. En esta exploración se aprecia un nódulo en región retroareolar de la mama izquierda, motivo por el que le programan para realizar biopsia del mismo. Se la realizan el día 25 de febrero de 2005 y, previamente, la paciente firma el correspondiente documento de consentimiento informado en el que consta el riesgo de infección postpunción. La biopsia se realizó con las máximas condiciones de asepsia, utilizando material estéril y recomendando cuidados posteriores adecuados en hoja informativa.

Tras la punción, la paciente presenta una inflamación de la mama izquierda y se remite, por los Servicios Médicos del Centro Penitenciario, a la Unidad de Patología Mamaria. El día 4 de marzo de 2005 le realizan exploración y ecografía de ambas mamas y, dado que es compatible con absceso de mama, esa misma mañana la Dra. M. M. contacta con el Dr. C. del Servicio de Cirugía quien procede a la apertura, desbridamiento y drenaje del absceso. Le pautan curas diarias, tratamiento antibiótico, antiinflamatorio y un protector gástrico.

En principio, fue mejorando la sintomatología pero, dado que persistían signos de supuración y comienza con dolor en FDI, el día 15 de marzo de 2005 la remiten al Servicio de Urgencias del Hospital *San Millán*. Tras realizarle las exploraciones oportunas, deciden ingresarla en el Servicio de Cirugía para filiar el dolor de FID, dado que el tratamiento antibiótico podría enmascarar una apendicitis subclínica. Le realizaron toma de cultivo, lavado de la herida y colocación de nuevo drenaje en la mama izquierda. A las 0'40 h., avisan al médico de guardia por cuadro de agitación de la paciente, que no quiere permanecer en el Hospital. Pide el alta voluntaria, a pesar de que le insisten que permanezca en observación. Le indican que controle temperatura y evolución del dolor abdominal y que, si persiste, acuda de nuevo a Urgencias. Asimismo, le pautan curas diarias con suero, betadine y suspender tratamiento antibiótico a la espera de ver la evolución del dolor abdominal y, en caso de que no hubiera cambios, reintroducir de nuevo el antibiótico y reevaluación en la Unidad de Patología Mamaria.

Los Servicios Médicos del Centro Penitenciario controlan diariamente a la paciente, dado que desaparece el dolor abdominal, le pautan Augmentine 875/125 cada 8 horas y un protector gástrico. Su evolución es satisfactoria, sin fiebre. El 21 de marzo de 2005, acude al Servicio de Cirugía donde confirman la buena evolución, retiran el drenaje y recomiendan curas locales.

La evolución de D^a D. P. fue favorable hasta el 19 de mayo de 2005 que consulta a los Servicios Médicos de la Prisión por induración y enrojecimiento en zona externa al pezón de mama izquierda, le pautan un antiinflamatorio y un protector gástrico y solicitan consulta a la Unidad de Patología Mamaria. El 12 de mayo de 2005, acude de nuevo a los Servicios Médicos refiriendo supuración por la noche. Le pautan amoxicilinalclavulánico cada 8 horas, varidasa y curas locales; y la remiten al Servicio de Urgencia donde le cambian de antibiótico y mantienen el mismo tratamiento, indicando que solicite consulta en la Unidad de Patología Mamaria en 10-15 días. Su evolución posterior es buena, salvo una reacción a la vacunación de la gripe.

El 25 de mayo de 2005 tiene consulta en la Unidad de Patología Mamaria y, en la ecografía de mama izquierda, detectan la presencia de un quiste compatible con la persistencia de absceso. Desde la Unidad de Patología Mamaria se ponen en contacto con el Servicio de Cirugía para programar la intervención. Le dan cita para el día 27 de mayo de 2005, pero la paciente renuncia a ir a la Consulta. Sigue con el tratamiento antibiótico y con controles diarios por parte de los Servicios Médicos Penitenciarios. El día 7 de junio de 2005, comunica que ha hablado con su Abogado y que está dispuesta a realizarse la cirugía y solicita se le pida consulta. La ven el día 15 de junio de 2005 y le solicitan preoperatorio pero, cuando acude, dado que la evolución ha sido favorable, le solicitan ecografía preferente de control. La citan para el día 1 de julio de 2005 pero no acude, realizándose la el día 11 de julio de 2005. Durante ese tiempo, el aspecto del pecho es muy bueno y no tiene fiebre.

El Servicio de Cirugía la incluye en la lista de espera quirúrgica y le realizan el

estudio preoperatorio. Firma el consentimiento informado y, el día 15 de agosto, la ingresan para extirpación del nódulo abscesificado. Su evolución posterior fue satisfactoria y sin complicaciones.

Segundo

En fecha 3 de marzo de 2006 tiene entrada en la Consejería de Salud reclamación presentada por D^a D. P., en la que, en resumen, manifiesta que, a consecuencia de la negligente asistencia prestada, ha sufrido un daño consistente en un absceso o infección mamaria, habiendo precisado tratamiento continuado durante varios meses, solicitando, por tanto, que le sean indemnizados los daños personales, que ascienden a 4.393'41 €, así como 6.000 €, en concepto de daños morales.

Cuarto

Cumplimentado el expediente en todos sus trámites, por el Instructor se dicta propuesta de resolución, con fecha 4 de abril de 2007, 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 20 de abril de 2007, registrado de entrada en este Consejo el 2 de mayo de 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 2 de mayo de 2007, registrado de salida el 2 de mayo de 2007, 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 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.

Es preceptiva la emisión del presente dictamen conforme a lo dispuesto en el artículo 11 G) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción del mismo por la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por ser la cuantía de la reclamación superior a 600 €, en concordancia con el cual ha de ser interpretado el artículo 12 G) del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de este Consejo Consultivo.

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

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 punción mamaria que se le practicó en el Hospital *San Millán*, pues es la misma la que produjo la infección que obligó a efectuar ulteriores intervenciones médicas.

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 la de que la causa detectada como tal en el análisis de la relación de causalidad en sentido estricto es 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 punción mamaria 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 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 y haberse realizado tras obtener el oportuno consentimiento informado de la paciente, de modo que la perjudicada tendría -dice- el deber jurídico de soportarlo.

Este Consejo Consultivo, sin embargo, ha insistido reiteradamente en 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)- no tiene 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, ni muchísimo menos que la prestación del consentimiento informado por parte del paciente constituya una causa de exoneración de la responsabilidad médica. El 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 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 una cuestión distinta, que es la necesaria prestación por el paciente de su consentimiento para cualquier intervención o acto médico, impuesto en este caso a la Administración sanitaria.

Nuestro ordenamiento regula esta cuestión pormenorizadamente en 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, y a ella se refiere también la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril, lo mismo que la Ley General de Sanidad de 25 abril 1986 y el 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.

Como hemos reiterado en numerosos dictámenes, esta exigencia del consentimiento informado constituye un deber adicional, a cargo en este caso de la Administración sanitaria, que se integra en la obligación que le incumbe, de modo que el incumplimiento de dicho deber comporta el incumplimiento de ésta y la consiguiente obligación de indemnizar los daños que se produzcan, incluso si la asistencia sanitaria prestada fuera conforme a la *lex artis ad hoc*. De este modo, el régimen del consentimiento informado no constituye en modo alguno una causa de exoneración de la responsabilidad, sino un agravamiento o ampliación de la misma, puesto que la no prestación de dicho consentimiento, o la insuficiencia de la información facilitada sobre la que recae, determinan la existencia de responsabilidad en casos en que no la habría aplicando las reglas generales.

En el presente caso, en el expediente consta que la interesada prestó su

consentimiento por escrito a la punción-biopsia de mama, y en el documento firmado aparece la información previa que incluye la complicación de la infección mamaria como un riesgo típico.

En consecuencia, pues, la Administración sanitaria no debe responder en este caso por concurrir inequívocos criterios negativos de imputación objetiva, ya que no aparece que la actuación médica fuera contraria a la *lex artis* ni, esto supuesto, que se incumpliera el deber de información al paciente ni el de obtener su consentimiento para la intervención, pues aquélla comprendió el riesgo típico, sobre el que recayó dicho consentimiento, en que consiste el daño que finalmente se produjo.

CONCLUSIONES

Única

El daño sufrido por D^a D. P. no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, por lo que la presente reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración ha de ser desestimada.

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