

En Logroño, a 2 de julio de 2009, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María 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

51/09

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 M. T. M. A. por daños derivados de atención sanitaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D^a M. T. M. A., habiendo sido diagnosticada de colelitiasis, es intervenida el 8 de octubre de 2007 por el Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo del Hospital *San Pedro*, mediante la realización de una colecistectomía laparoscópica en la que no consta que trascurrieran incidencias. La evolución postoperatoria fue favorable, siendo dada de alta hospitalaria el 11 de octubre de 2007.

Consta, firmado por la paciente con fecha 22 de mayo de 2007, el correspondiente consentimiento informado para la intervención de colecistectomía laparoscópica, en el que se indica, como posible riesgo poco frecuente y grave del procedimiento, la fístula biliar.

Segundo

El día 19 de octubre de 2007 D^a M. T. M. A. precisa nuevo ingreso hospitalario por un cuadro de dolor abdominal difuso, con progresiva distensión abdominal e ictericia. Tras realizarle el pertinente estudio analítico, en el que se detecta aumento de transaminasas; y radiológico, mediante ecografía y TAC abdominal, que indican importante ascitis difusa, y, tras realizarle una paracentesis, que evidencia líquido biliar,

es diagnosticada de coleperitoneo. Se indica tratamiento quirúrgico de urgencia para drenaje y limpieza de la cavidad abdominal, que la paciente acepta firmando el correspondiente consentimiento informado.

El 20 de octubre de 2007, es intervenida mediante la realización de una laparotomía costal derecha, apreciando coleperitoneo de tres litros y una fístula biliar sobre una zona de escara de electrocoagulación. Se realiza la limpieza de la cavidad abdominal, tras aspiración del coleperitoneo y sutura de la fístula biliar, y se coloca Penrose subhepático.

La evolución postoperatoria es favorable, tal y como consta en las hojas de evolución médica, y tras retirarle el drenaje es dada de alta el 24 de octubre de 2007 con tratamiento médico.

Tercero

El día 30 de octubre de 2007 consta que a la paciente se le realizó en el Servicio de Urgencias del Hospital *San Pedro* una analítica, presentando importante aumento en las cifras de bilirrubina, transaminasas y fosfatasa alcalina. No se ha podido localizar el informe médico realizado en dicho Servicio.

La paciente solicitó el alta voluntaria y acudió a valoración en la CUN donde ingresó en ese mismo día.

Cuarto

En la CUN, tras realizarle una colangio-RM con hallazgo de estenosis postquirúrgica de la vía biliar, el día 2 de noviembre de 2007 se le realizó una colangiografía transparietohepática que confirmó la presencia de obstrucción en el conducto hepatocolédoco y fuga al territorio subhepático. Ante la imposibilidad de recanalizar percutáneamente la zona de obstrucción, con fecha 3 de noviembre de 2007 se realizó hepaticoyeyunostomía T-L, en la que consta que se apreció una estenosis completa de la vía biliar producida por, al menos, una sutura de material reabsorbible. La evolución posterior fue favorable, siendo dada de alta con fecha 14 de noviembre de 2007 tras comprobación del árbol biliar.

Quinto

Con fecha 19 de septiembre de 2008, fue intervenida quirúrgicamente de nuevo en la CUN mediante la realización de una eventroplastia abdominal, por presentar, desde las anteriores intervenciones, molestias abdominales persistentes, tipo distensión abdominal, sobre todo en epigastrio y en forma de cinturón.

Sexto

Mediante escrito de fecha 7 de julio de 2008, que tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Salud el 11 de julio, D^a M. T. M. formula reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración solicitando una indemnización que se concreta en el ulterior trámite de alegaciones en la suma de 83.958,35 euros, la cual comprende los 23.041 euros que importó su asistencia en la CUN.

Séptimo

Seguido el expediente en todos sus trámites —entre los que son de destacar el informe de la Inspección médica y el pericial a instancia de la Compañía aseguradora de estos riesgos—, con fecha 22 de mayo de 2009 se formula por la Instructora la Propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación.

La Dirección General de los Servicios Jurídicos se muestra conforme con la Propuesta de resolución en su informe, emitido el 1 de junio de 2009.

Debe indicarse, además, que, ante la tardanza en resolver de la Administración, la interesada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta del expediente por silencio administrativo, recurso judicial pendiente aún de resolución.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 3 de junio de 2009, registrado de entrada en este Consejo el 15 de junio de 2009, 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 16 de junio de 2009, registrado de salida el 16 de junio de 2009, 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 Ley 5/2008 —aplicable en este caso por tener que atender, según la doctrina mantenida por este Consejo a raíz de la modificación operada por la Ley 4/2005, de 1 de junio, a la norma vigente al tiempo de concluir el trámite de audiencia—, por ser la cuantía de la reclamación superior a 6.000 euros, en concordancia con la 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

Existencia de responsabilidad de la Administración

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, constatada la existencia del daño (lo cual en este caso, y como es obvio, no ofrece ninguna duda), 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.

Ahora bien, en el ámbito sanitario la relación de causalidad en sentido estricto presenta inevitablemente una característica peculiar, que es la de que casi siempre concurrirá al menos una “causa” del resultado dañoso: el estado del paciente. Por eso, en este campo, el problema es siempre determinar, por lo pronto, si la concreta actuación médica merece o no la condición de causa (*concausa*, habrá que decir) del daño padecido, esto es —conforme a la doctrina de la *condicio sine qua non*—, si la misma constituye o no una condición empírica antecedente sin cuya concurrencia el resultado dañoso, en su configuración totalmente concreta, no habría tenido lugar; o si, por el contrario, ese resultado se explica de modo exclusivo o suficiente por la patología que sufriera la víctima.

Pues bien, en este caso no creemos que haya dudas de que la asistencia sanitaria prestada a D^a M. T. M. explica el resultado dañoso cuya indemnización se reclama. Tal y como reconocen la Propuesta de resolución y el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, es notoria la existencia de una relación causal entre la intervención a la que se sometió la paciente el 8 de octubre de 2007 en el Hospital *San Pedro* y la complicación de fístula biliar que obligó a sucesivas intervenciones, en la misma sanidad pública y en la CUN.

Así las cosas, queda por analizar lo que termina siendo la cuestión esencial en este expediente, cual es la concurrencia o no de un suficiente criterio de imputación objetiva de la responsabilidad a la Administración. Como hemos explicado reiteradamente en numerosos dictámenes, en el ámbito sanitario el funcionamiento del servicio público —que es el *criterio positivo de imputación* que, con carácter general, utiliza el ordenamiento— consiste en el cumplimiento por la Administración de un deber jurídico previo e individualizado respecto a *cada* 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), por lo que ese

deber es *de medios y no de resultado* y se cumple, no respondiendo entonces la Administración, cuando la atención prestada ha sido conforme con la denominada *lex artis ad hoc*.

La Propuesta de resolución, de acuerdo en ello con algunos de los dictámenes médicos obrantes en el expediente (el de la Inspección y el elaborado a instancias de la Compañía aseguradora), reputa conforme a dicha *lex artis ad hoc* la actuación de los Facultativos del Servicio Riojano de Salud en este caso, y, a partir de ahí, considera que el daño producido constituía un riesgo inherente del proceso médico al que fue sometida la paciente, del que ésta fue adecuada y suficientemente informada, prestando su consentimiento, lo que excluye la responsabilidad de la Administración. El informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos se muestra conforme con este criterio, que también aplica.

La argumentación es completamente correcta, pero este Consejo Consultivo no puede en este caso sino estar de acuerdo sólo parcialmente con la premisa fáctica de la que se parte, que no es otra que la de que la actuación de los Facultativos del Servicio Riojano de Salud fue conforme con la *lex artis ad hoc*.

En efecto, hay en este caso dos daños distintos por los que se reclama la oportuna indemnización, que deben analizarse separadamente.

El primero de ellos es la fístula biliar que apareció tras la operación a la que fue sometida la interesada en el Hospital *San Pedro* el 8 de octubre de 2007. Se trata de un riesgo típico grave, aunque poco frecuente, previsto como tal en el documento de consentimiento informado que firmó la paciente (folio 51 del expediente). En cuanto a este daño, no hay dato alguno en el expediente que permita deducir que la intervención quirúrgica no fue conforme con la *lex artis ad hoc*, y en ello coinciden todos los informes médicos, incluido el elaborado a instancias de la reclamante (aunque éste no se pronuncia por no estar en el expediente la oportuna Hoja Quirúrgica). En consecuencia, no cabe apreciar en este punto responsabilidad de la Administración, ni por la intervención quirúrgica en sí, que debe reputarse conforme con la *lex artis ad hoc*, ni por haberse practicado la misma sin el imprescindible consentimiento informado, que en este caso consta y comprende el riesgo típico que finalmente se materializó.

Hay, sin embargo, un segundo daño, que es la estenosis completa de la vía biliar, el cual apareció tras la intervención quirúrgica a que fue sometida la interesada, de nuevo en el Hospital *San Pedro*, el 20 de octubre de 2007, para limpiar la cavidad abdominal y realizar sutura de la ya citada fístula biliar. En informe de la CUN, redactado durante el proceso asistencial a que en ella fue sometida la reclamante, se indica que dicha estenosis fue producida por, al menos, una sutura de material reabsorbible, lo que la propia Propuesta de resolución considera probado. Se trata de un daño que inequívocamente, pues, está causalmente ligado a la indicada intervención de sutura de la fístula biliar a que

se sometió la interesada el 20 de octubre de 2007, que no se practicó conforme a la *lex artis ad hoc*, ya que en esa intervención quirúrgica se terminó realizando una sutura de la vía biliar que provocó una estenosis completa de la misma (esto es, el estrangulamiento total del conducto por el que circula la bilis). A partir de ahí, se hace preciso recordar que el consentimiento informado del paciente no sirve para exonerar de responsabilidad cuando el acto del que ésta pueda dimanar no haya sido conforme a la *lex artis*; pero es que, además, en este caso no consta tal consentimiento informado, ya que la estenosis completa de la vía biliar que se produjo no se incluyó como un riesgo típico en el mismo, ni en la segunda intervención (véase folio 51 del expediente) ni tampoco en la primera (véase folio 40 del expediente).

En conclusión, pues, por la estenosis completa de la vía biliar producida por, al menos, una sutura de la misma con material reabsorbible durante la segunda intervención, debe responder la Administración sanitaria.

Tercero

Valoración del daño y cuantía de la indemnización

El informe médico-legal elaborado a instancias de la interesada valora como daños el período de incapacidad temporal para su ocupación habitual comprendido entre el 24 de octubre de 2007 (fecha del alta de la segunda intervención en la que se provocó el daño de la vía biliar por sutura inadecuada de la misma) y el momento de su reincorporación a su actividad habitual el 31 de diciembre de 2007, así como el posterior a la intervención del 19 de septiembre de 2008, practicada en la CUN, que duró hasta el 31 de diciembre de ese año. Sin embargo, entendemos que este último periodo no es indemnizable, al no estar acreditada la relación de causalidad entre esa intervención y el daño imputable a la Administración sanitaria riojana, aparte de que no hay constancia alguna de que se hubiera siquiera intentado que dicha intervención se realizara en la Sanidad pública. Son, por tanto, 70 días los de baja impositiva que deben indemnizarse, lo que, aplicando el criterio seguido por la reclamante en su escrito de alegaciones, da un total de 4.060 euros por este concepto.

Se reclama también por el lucro cesante producido al tener que cerrar la interesada, desde el 18 de octubre de 2007 hasta final de ese año, el establecimiento de lencería de que es titular, daño que un informe pericial aportado por la misma cifra en la suma de 9.107,39 euros, cantidad que nos parece razonable y ajustada a Derecho. No pueden computarse en la indemnización, en cambio, los costes derivados de la contratación de una empleada en el año 2008, por las razones ya indicadas con anterioridad para la baja impositiva durante el mismo período.

En cuanto a las secuelas, el ya mencionado informe médico-legal estima la existencia de un perjuicio estético ligero valorable en 1 a 6 puntos de los previstos en el

baremo para accidentes de circulación, y unas secuelas funcionales de intensidad moderada asimilables a las producidas por adherencias peritoneales, que se valoran entre 8 y 15 puntos en el citado baremo, o a las hernias abdominales, valoradas en el mismo entre 10 y 20 puntos. A este respecto, hay que insistir en que el indicado baremo no es aplicable a estos casos, aunque puede servir de orientación para valorar el daño corporal en supuestos distintos de aquellos para los que está expresamente previsto, por lo que se estima razonable utilizarlo aquí de manera orientativa. Siendo la intensidad de las secuelas funcionales moderada y el perjuicio estético ligero, estimamos razonable reconocer por este concepto una indemnización de 18.500 euros.

Se solicita, además, una indemnización por el daño consistente en la intervención practicada en septiembre de 2008 en la CUN y sus posibles secuelas, que el escrito de alegaciones cifra en 12.000 euros. Sin embargo, por lo que hemos dicha ya, esta pretensión no puede atenderse.

Y, por último, hemos de valorar la pretensión de reintegro de los gastos causados por la asistencia sanitaria y quirúrgica a la perjudicada en la CUN, que por la intervención de 2007 ascendieron a 17.009,10 euros y, tras la de 2008, se cuantifican en 23.041 euros.

Como es sabido, la procedencia de esta pretensión ha de discernirse, en principio, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, que no es una norma de responsabilidad patrimonial, sino un precepto que forma parte del régimen jurídico de la Seguridad Social, por lo que, en caso de disconformidad con lo que al respecto decida la Administración, habría de reiterarse la pretensión ante los Tribunales del orden jurisdiccional social. Según dicho precepto, *“la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”*.

Desde luego es claro que, en este caso, no se dan las circunstancias de “urgencia vital” a que se refiere el precepto transcrito. Pero, a la vez, es preciso recordar que la limitación que, respecto a la normativa anterior, introdujo en nuestro ordenamiento el Real Decreto 63/1995, cuya redacción reproduce el hoy vigente y ya citado Real Decreto 1030/2006, consistente en reconocer únicamente el derecho al reembolso en los casos de *“asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”*, guardando silencio sobre el otro supuesto antes previsto de *“denegación de asistencia”*, ha provocado que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo hayan admitido reiteradamente pretensiones de reintegro de gastos causados en la sanidad privada por la

vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, precisamente en casos de denegación de asistencia o error de diagnóstico. Y es que, efectivamente, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene alcance general y no resulta excluido, derogado ni desplazado por la regulación, mucho más específica y de diferente naturaleza —se inserta en el sistema de la Seguridad Social—, de las pretensiones de reintegro de los gastos causados por la intervención de la Sanidad privada: contemplado desde la óptica del primero, tales gastos son un daño real y efectivo, y su indemnizabilidad depende de que efectivamente tal daño sea imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo que exige el incumplimiento por parte de la Administración del deber genérico de protección de la salud y del derecho a la asistencia sanitaria de cada paciente, que es lo que se condensa en esos dos supuestos de “denegación de asistencia” y “error de diagnóstico”. En este sentido, la exclusión de estas hipótesis del régimen de la Seguridad Social y su inclusión por vía jurisprudencial en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de los servicios públicos sanitarios es perfectamente coherente con la naturaleza de uno y otro.

Pues bien, en este caso no cabe admitir que concurra ninguno de los supuestos que podrían dar lugar, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al reintegro de los gastos satisfechos a la CUN. En efecto, a pesar de que no se ha podido incorporar al expediente el informe médico postoperatorio del Servicio de Urgencias que intervino por segunda vez, en octubre de 2007, a la interesada, lo cierto es que en el propio informe de dicha Clínica, previo a la primera operación practicada en ésta, se alude a la realización de una analítica en el Hospital *San Pedro* seguida de ofrecimiento de ingreso hospitalario. No hubo, pues, “denegación de asistencia” alguna por parte de la Sanidad pública, sino decisión libre de la interesada de llevar su caso a la Sanidad privada. Y, por lo demás, el hecho de que fuera necesaria otra intervención por una praxis médica inadecuada en la Sanidad pública no da derecho a reclamar el reintegro de gastos como daño indemnizable por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues para ello hace falta que exista en aquélla un “error de diagnóstico” que determine que el caso sólo encuentre solución acudiendo a la Sanidad privada, lo que en modo alguno sucedió en este caso.

Y esto resulta sin duda relevante. El hecho de que fuera necesaria otra intervención por una praxis médica inadecuada en la Sanidad pública no da, sin más, derecho a reclamar el reintegro de gastos como daño indemnizable por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es cierto que, como hemos dicho en numerosos Dictámenes (así, los 28/03, 63/04, 54/05; 28, 31 y 57/06; 31, 104, 106/07; 26, 70, 96, 102, 105/08; y 8 y 37/09), la *responsabilidad patrimonial ex LPAC* comprende, no sólo la citada *urgencia vital*, sino también la *denegación injustificada de asistencia* o el *error de diagnóstico* (antes contemplados en la normativa laboral) e incluso cualquier *otro funcionamiento anormal* del servicio sanitario; pero esto no supone la existencia de un

derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, con gastos a cargo de la primera. En definitiva, para que los gastos que supongan al paciente el haber acudido a la Sanidad privada sean indemnizables, hace falta, como siempre, que exista relación de causalidad entre aquéllos y el actuar administrativo; y tal nexo causal se rompe cuando el paciente, a pesar de existir y habersele ofrecido la atención que precise en la Sanidad pública — incluso para reparar un anterior resultado dañoso imputable a la Administración sanitaria—, decide voluntariamente recurrir a la Sanidad privada.

CONCLUSIONES

Única

La pretensión de indemnización ejercitada por la reclamante debe ser estimada, puesto que existen daños imputables al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, concurriendo los demás requisitos exigidos por la ley para que nazca la obligación de indemnizarlos a cargo de la Administración.

La cuantía de la indemnización debe fijarse, conforme a lo argumentado en el último de los Fundamentos Jurídicos de este Dictamen, en la cantidad de 31.667,39 euros, cuyo pago ha de hacerse en dinero, con cargo a la partida que corresponda de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

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