

En Logroño, a 12 de mayo de 2008, 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<sup>a</sup> Cid Monreal y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana, 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**

**63/08**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. R. L-D P., como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Riojano de Salud.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del Asunto**

#### **Primero**

Mediante escrito de 27 de febrero de 2007, con entrada en el Registro de Atención al Paciente en la misma fecha, D. R. L-D. M. expone, en síntesis, que su padre D. R. L-D P. ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital *San Millán* de Logroño, el 22 de diciembre de 2006, por un cuadro febril y derrame pleural producido por una neumonía; el 29 de diciembre, se le coloca un drenaje torácico que se le retiró el día primero de enero; ese mismo día, por la tarde, por el Servicio de Radiología Intervencionista se le hacen dos punciones, sin tener noticia, de que se le iba a punzar y sin firmar ninguna autorización; de regreso a su habitación, sufre una bajada impresionante de tensión; el día 2 de enero, se le realizan varios escáneres y se determina que hay que operar con urgencia: está roto el bazo. Solicita una indemnización de 120.000 . Gráficamente, concluye su escrito diciendo: *"ingresó por una neumonía y salió sin el bazo "*.

Acompaña a su escrito el informe de alta de hospitalización de 3 de enero de 2007.

## **Segundo**

El Servicio de Asesoramiento y Normativa se dirige el 29 de marzo al Sr. López-Dávalos Manero requiriéndole para que, en término de diez días, acredite la representación del interesado, su padre, con la advertencia de que, si no lo hiciere, se tendrá por no presentada su reclamación, previa Resolución que se dictará al efecto.

Por escrito de 10 de abril, el interesado manifiesta dar su conformidad a la reclamación planteada en su nombre por su hijo.

## **Tercero**

Mediante Resolución del Secretario General Técnico, de 11 de abril de 2007, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día inmediato anterior, fecha en que se ha subsanado la reclamación, y se nombra Instructora a D<sup>a</sup> C. Z. M..

Por carta de fecha 22, la Instructora designada comunica al interesado la iniciación del expediente y le informa de los extremos exigidos por el artículo 42-4<sup>o</sup> de la Ley 30/1992. Con la misma fecha remite a la compañía de seguros Zurich copia de la reclamación.

## **Cuarto**

Mediante comunicación interna del mismo día 12 de junio, la Instructora se dirige a la Gerencia del Área de Salud II *Rioja-Media*, Hospital *San Millán*, solicitando cuantos antecedentes, datos e informes estime de interés relacionados con la asistencia sanitaria prestada al interesado en el Servicio de Neumología; copia de la historia clínica de la asistencia reclamada exclusivamente; informes de los Facultativos intervinientes en la asistencia prestada; y el parte de reclamación cumplimentado por cada Facultativo implicado en los hechos reclamados.

## **Quinto**

En cumplimiento de la anterior solicitud, el 25 de abril, la Gerencia del Área II, remite los siguientes informes y documentos:

- Historia clínica del reclamante.
- Informe del Dr. C. C. , F.E.A. Radiodiagnóstico, de fecha 26/03/2007.
- Informe del Dr. M. G. , Jefe de Sección de Cirugía Torácica, de 30/03/2007.

- Informe de la Dra. E. N., Especialista en Cirugía General y Aparato Digestivo, de 30/03/2007.
- Informe del Dr. M. V., F.E.A. de Cirugía Torácica.
- Informe del Dr. P. S. , Adjunto de Medicina Interna, de 23/04/2007.

## **Sexto**

Con fecha 4 de mayo de 2007, se da traslado del expediente al Subdirector General de Planificación Económica para que se elabore, por el Médico Inspector que corresponda, informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación, con el fin de facilitar la elaboración de la Propuesta de resolución.

El citado Subdirector General devuelve el expediente al Servicio de Asesoramiento y Normativa, cuyo Jefe de Servicio, por escrito de 22 de agosto solicita la emisión de informe de la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones.

El Informe de la Inspección, que es emitido el 16 de noviembre de 2007, en base a la historia clínica del reclamante y a los informes obrantes en el expediente, concluye afirmando:

*"1ª.- Que a D. R. L-D P. se le realizaron tres toracocentesis o punciones pleurales: la primera el 28/12/2007, por el Servicio de Medicina Interna; la segunda, el 29/12/2007, por parte del Servicio de Cirugía Torácica ; y la última, el día 1/1/2008, por parte del Servicio de Radiología Intervencionista.*

*La toracocentesis, también conocida como pleurocentesis o punción pleural, es una técnica diagnóstica o terapéutica que permite la extracción de una acumulación anormal de aire o líquido mediante la inserción percutánea de una aguja o catéter en el espacio pleural, estando en este caso perfectamente indicada su realización.*

*Dentro de las complicaciones de una toracocentesis se definen fundamentalmente efectos adversos como reacciones vasovagales, dolor local o tos; también pueden surgir otras complicaciones asociadas a la realización de la técnica, como la infección, punción del pulmón, enfisema subcutáneo o laceración del paquete neurovascular intercostal.*

*Por otro lado, se recomienda, en casos de derrame pleural tabicado, la toracocentesis guiada por eco grafía, para evitar el riesgo de penetrar en la cavidad abdominal y producir laceraciones viscerales involuntarias de hígado o bazo.*

*2º. - Existe una relación causa-efecto entre las punciones pleurales realizadas y la rotura del bazo que presentó posteriormente el paciente.*

*3º. - Si bien consta en el informe del Facultativo del Servicio de Radiología Intervencionista que se informó verbalmente al paciente de la necesidad del procedimiento a realizar, hay que tener en cuenta que la toracocentesis es una técnica invasiva y que, por lo tanto, su realización requería que el paciente firmara el correspondiente consentimiento informado donde constara la técnica, la indicación, los riesgos y las posibles complicaciones, no constando en el historia clínica dicho documento."*

### Séptimo

Mediante escrito de 29 de noviembre, la Instructora remite a la Correduría de Seguros toda la documentación relativa a la reclamación formulada por la asistencia sanitaria prestada al reclamante, obrando a continuación en el expediente el dictamen médico emitido a instancia de la Aseguradora, de fecha 4 de enero de 2008, que concluye:

- " 1.- *La extracción de líquido pleural estaba bien indicada.*
- 2.- *Las técnicas que se realizaron fueron correctas.*
- 3.- *Fueron realizadas por Médicos con sobrada experiencia.*
- 4.- *La punción del bazo es una complicación bien conocida y descrita desde hace dos años.*
- 5.- *Esta se puede producir con una técnica perfecta o guiada con eco grafía, como ocurrió en este caso.*
- 6.- *En estas situaciones, dicha complicación es inevitable.*
- 7.- *Todos los profesionales que intervinieron en este caso actuaron con arreglo a la lex artis ad hoc".*

### Octavo

Mediante carta de fecha 11 de enero de 2008, la Instructora comunica al interesado la finalización de la instrucción, dándole vista del expediente, en trámite de audiencia, por un plazo de 15 días hábiles, para que formule alegaciones y presente los documentos que considere oportunos.

El interesado comparece el siguiente 22, facilitándosele copia de todos los documentos obrantes en el procedimiento y, mediante escrito de 5 de febrero, formula alegaciones en el que reitera la responsabilidad de la Administración y concreta su reclamación a un total de 18.455,21 , aplicando el baremo aprobado por resolución de la Dirección General de Seguros de 7 de enero de 2007 para los accidentes de tráfico, total que se desglosa en los siguientes conceptos:

– Esplenectomía: 15 puntos, a 630,89 .....	9.463,35
– Perjuicio estético por cicatriz de 25 cm.: 12 puntos a 565,35 .....	6.784,20
– Convalecencia: -8 días de hospitalización a 61,90 .....	495,76
– -34 días a 50,35 .....	1.711,90
– Total.....	18.455,21
–	

## **Octavo**

Con fecha 7 de abril de 2008, la Instructora emite Propuesta de resolución en la que propone *"que se estime parcialmente la reclamación que por responsabilidad patrimonial de esta Administración formula D. R. L-D P., en la cantidad de 6.010,12 euros, por la ausencia acreditada del Documento de Consentimiento Informado, siendo el incumplimiento de este requisito formal el único daño que se ha producido al paciente, habiendo quedado acreditado, por el contrario, el cumplimiento de la lex artis ad hoc en la asistencia sanitaria prestada en el Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro de La Rioja al reclamante."*

## **Noveno**

El Secretario General Técnico, con fecha 9 de abril, remite a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud el expediente íntegro para su preceptivo informe, que es emitido favorablemente el siguiente día 22.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito fechado el 22 de abril de 2008, registrado de entrada en este Consejo el día 25 de abril de 2008, 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 25 de abril de 2008, registrado de salida el día 28 de abril de 2008, 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.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo no constituye una suerte de "seguro a todo riesgo" para los particulares que de cualquier modo se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Lo anterior es también predicable, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, si bien, como ya dijimos entre otros en nuestro Dictamen 3/07, *"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"*. Y, en nuestro Dictamen 29/07, en la misma línea, mantuvimos que los parámetros bajo los que se han de enjuiciar los criterios de imputación del daño a la Administración Sanitaria son el de la **lex artis ad hoc** y el de la existencia del **consentimiento informado**, distinguiendo *"si el daño es imputable a la actuación de los servicios sanitarios, por existir un funcionamiento anormal que contraviene los postulados de la lex artis ad hoc o por privar al paciente de su derecho de información; o si, por el contrario, el resultado dañoso ha de ser soportado por éste quien, conocedor de los posibles riesgos, ha prestado voluntariamente su consentimiento"*.

### Tercero

#### **Responsabilidad de la Administración Pública en el caso sometido a dictamen**

La Propuesta de resolución estima parcialmente la reclamación planteada basándose en la *"ausencia acreditada del Documento de Consentimiento Informado"*. Y, aplicando la conocida doctrina jurisprudencial según la cual la responsabilidad por tal falta alcanza únicamente al daño moral que se produce al paciente, al no poder ponderar los riesgos y la posibilidad de sustraerse al tratamiento ofrecido, es decir, haberle impedido su facultad de

autodeterminación, concluye que éste es el único daño que se le ha producido, daño de carácter moral estrictamente que valora en 6010,12 €. Excluye el daño físico, pérdida del bazo, al considerar probado el cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, en la asistencia prestada al practicársele la toraconcentesis, produciéndose la punción del bazo que obligó a realizarle, de urgencia, al día siguiente, una esplenectomía.

Siendo perfectamente asumible la doctrina científica y jurisprudencial a que se refiere la Propuesta de resolución, por cuando el daño físico no puede imputarse casualmente a la mera falta de información, en el presente caso entendemos, sin embargo, que existe responsabilidad del Servicio Público Sanitario, tanto por el daño moral, como por la pérdida del bazo motivada por la punción pleural practicada, porque este daño físico lo vinculamos causalmente, no a la falta de información, sino a la asistencia prestada, considerando que, además de existir relación de causalidad en sentido estricto, concurre un criterio positivo de imputación de responsabilidad a la Administración Sanitaria.

Cuando el informe de la Inspección Médica, en la segunda de sus conclusiones afirma que "*existe relación causa efecto entre las funciones pleurales realizadas y la rotura del bazo que presentó posteriormente el paciente*", entendemos que se está refiriendo a la relación de causalidad en su sentido más amplio, como requisito esencial que, unido a otros, determina el nacimiento de la obligación de indemnizar por parte de la Administración.

Así se deduce del conjunto del referido informe y, en concreto, de la recomendación que subraya de practicar, en ciertos casos, la toracocentesis guiada por ecografía para evitar determinados riesgos tales como producir "*laceraciones involuntarias de hígado o bazo*". Ello implica que la punción pleural es una técnica diagnóstica o terapéutica que ha de realizarse con especial cuidado y adopción de singulares precauciones, correspondiendo a los Servicios Públicos Sanitarios probar que se ha actuado con ese especial cuidado y adoptado las debidas precauciones.

En efecto, se trata de un supuesto claro de inversión de la carga de la prueba que apoyan doctrinas tales como la de la culpa virtual, la del daño desproporcionado o la que se concreta en el aforismo *res ipse alloquitur*, que el reclamante traduce a una expresión vulgar: "*ingresó por una neumonía y salió sin el bazo*".

La producción del daño supone que algo falló y, salvo que se hubiere expresamente acreditado su inevitabilidad, debe de responder la Administración Sanitaria.

El dictamen aportado por la Aseguradora, sobre ser de parte, no resulta convincente. Que las técnicas fueron correctas, los Facultativos con sobrada experiencia y la punción del bazo una complicación bien conocida desde hace años, no implica que tal complicación sea inevitable, como concluye el punto 6 de tal dictamen.

A mayor abundamiento, el citado dictamen da por supuesto que la lesión del bazo se produjo en la última toracocentesis, la guiada por ecógrafo, pero no excluye que hubiera podido producirse en una de las punciones realizadas anteriormente o al movilizar el tubo de drenaje colocado en la segunda para favorecer la salida de líquido. Y esas punciones previas y la movilización del catéter es claro que no se realizaron con ayuda de ecógrafo.

En definitiva, en criterio de este Consejo, resulta indemnizable, no sólo el daño moral inherente a la falta de consentimiento informado, sino también el físico de la laceración y subsiguiente pérdida del bazo.

#### **Cuarto**

##### **Valoración del daño**

En su escrito de alegaciones a raíz del trámite de audiencia, el reclamante reduce su pretensión inicial, cuantificada en 120.000, a 18.455, 21 €, cantidad que hemos desglosado en el Antecedente Séptimo del Asunto y a la que llega aplicando el baremo aprobado por resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para los daños consecuencia de accidentes de circulación.

Recientemente, hemos recordado nuestra tesis de que *"la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial"*; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, ante las dificultades que comporta, en ocasiones, la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria, opta, en tales casos, por efectuar una valoración global, incluyendo en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole.

En el caso ahora sometido a dictamen, acudimos a dicho criterio considerando, como valoración global del daño, tanto moral (falta de información) como físico (pérdida del bazo), la cantidad reclamada por el solicitante de 18.455,21 €.

En esta suma no incluye el reclamante el daño moral producido el haberle privado de su facultad de autodeterminación, por la falta de información. Pero, por contra, tampoco justifica por qué la esplenectomía se valora en 15 puntos, el máximo (10 a 15), si tiene repercusión hemato-inmunológica, y no en 5, que es la que corresponde cuando no hay tal

repercusión, ni la valoración del perjuicio estético y el carácter de impeditivos de 34 días de convalecencia.

En definitiva, entendemos que la dicha cantidad supone una prudente valoración global de los daños causados.

## **CONCLUSIONES**

### **Única**

Existe relación de causalidad entre la atención sanitaria prestada a D. R. L-D P. y los daños cuyo resarcimiento reclama, que se valora en la cantidad de 18.455,21 €, cuyo pago se hará en dinero con cargo a la partida presupuestaria que corresponda.

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