

En Logroño, a 28 de enero de 2020, 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. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro María Prusén de Blas y D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**19/20**

Correspondiente a la consulta formulada por la Excma. Sra. Consejera de Salud en relación con *Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D<sup>a</sup> J.P.D. y D<sup>a</sup> L.J.P, por los daños y perjuicios que entienden causados por la muerte súbita de su esposo y padre respectivamente, D. M.J.P, por shock séptico hemorrágico derivado de microperforación del intestino delgado tras una colecistectomía laparoscópica, realizada en la Clínica L.M. por derivación como Centro concertado con el SERIS; y que valora en 150.000 euros.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

Las reclamantes formularon la referida reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial de la Administración pública mediante escrito presentado el 7 de septiembre de 2018. La reclamación presentada se fundamenta en los siguientes hechos:

*-El paciente (precitado), de 80 años de edad, fue diagnosticado de litiasis biliar, en marzo de 2011, y se le propuso un tratamiento quirúrgico consistente en la extirpación de la vesícula biliar mediante laparoscopia.*

*-Habida cuenta del concierto existente entre el Servicio Riojano de Salud (SERIS) y la Clínica L.M., fue derivado a esta última para su intervención, que fue realizada el día 30 de marzo de 2011.*

*-El día 1 de abril de 2011, fue dado de alta, “pese a su mal estado de salud, sangrado y dolores, pasando a su domicilio a mediodía”.*

*-Esa misma noche, pero ya día 2 de abril, entre las 2 y las 4 de la madrugada, falleció.*

*-Se presentó escrito de acusación en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Logroño, por un presunto delito de homicidio imprudente del art. 142.1 y 3 del Código Penal (CP), contra el Dr. interviniente (D. E.M.L.), la Clínica L.M, las Compañías Aseguradoras, A. y M., así como contra el SERIS.*

*-El procedimiento penal finalizó en septiembre de 2017, mediante Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Logroño, que absolvió a todos los acusados.*

*-Una vez firme la Sentencia, las reclamantes presentaron la citada reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando una indemnización por importe de 150.000 euros.*

## **Segundo**

En fecha 13 de septiembre de 2018, la Secretaria General Técnica (SGT) de la Consejería de Salud (Consejería actuante) dictó una Resolución por la que inició el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y nombró Instructor del mismo.

La Resolución fue comunicada a las reclamantes el 19 de septiembre de 2018, mediante oficio del Instructor, de 14 de septiembre de 2018, en el que se les informó de los extremos exigidos por los arts. 24.1, párrafo segundo, y 91.3, de la Ley 39/2015, de Procedimiento administrativo común (LPAC'15).

El 10 de octubre de 2018, la SGT de la Consejería actuante, mediante comunicación interna, se dirige a la Dirección del Área de Salud de La Rioja-Hospital *San Pedro* (HSP), solicitando *“cuantos antecedentes existan y aquellos datos e informes que estime de interés relacionados con la asistencia sanitaria prestado al reclamante en el SERIS”*.

El 15 de octubre de 2018 se notifica a la Clínica *L.M.* la apertura del expediente de responsabilidad, a fin de que pueda comparecer en el mismo y ejercitar los derechos que le correspondan y le solicita la remisión de los *“antecedentes”*, del *“informe emitido por los Facultativos intervinientes en la asistencia”* y de *“cuantos datos, documentos e informes puedan ser aportados para una mejor decisión sobre la pretensión de la reclamante”*, así como, identificación de la póliza de seguro que tuviera suscrita la entidad requerida.

## **Tercero**

### **1. Documentación remitida por el SERIS (Área de Salud de La Rioja).**

El 7 de febrero de 2019, el Director del Área de Salud de La Rioja remite la historia clínica del paciente, así como los informes emitidos por el Dr. D. A.T.C. y de la ATS D<sup>a</sup> P.E.F.

*-El Informe del citado Dr. (del Servicio de Atención Primaria), de 11 de abril de 2011, describe la visita, síntomas y resultados de las pruebas del paciente, y la indicación de realizar una*

colecistectomía laparoscópica. Igualmente, indica que, tras su práctica, el 1 de abril de 2011 se practicó visita de enfermería para revisión de la herida quirúrgica, que cursó sin incidencias.

-El Informe de la expresada ATS, de 7 de febrero de 2019, corrobora la realización dicha cura domiciliaria y el hecho de que, cuando acudió para una nueva cura, el lunes siguiente, se le informó del fallecimiento.

-En el documento de consentimiento informado, firmado, por el paciente el 11 de febrero de 2011 y relativo a la operación de colecistectomía laparoscópica a que iba a ser sometido, se incluye, como riesgo asociado a ese procedimiento quirúrgico, el de sufrir una “*sangrado o infección intra-abdominal*”, entre otras complicaciones, y que tal riesgo, de verificarse, puede requerir “*tratamiento médico*”, o incluso “*una reintervención, generalmente de urgencia*”, llegando a advertirse que, “*excepcionalmente, puede producirse la muerte*”.

## **2. Documentación remitida por la Clínica L.M.**

En fecha de 20 de febrero de 2019, la referida Clínica remitió la documentación solicitada, incluyendo la historia clínica del paciente y que contiene, entre otros, los siguientes documentos:

-Protocolo de intervención quirúrgica de 30 de marzo de 2011: vesícula de aspecto escleroatrófico, anestesia general, abordaje laparoscópico.

-Ordenes médicas de 30 y 31 de marzo de 2011, relativas a la medicación prescrita.

-Incidencias de Enfermería de los días 30 y 31 de marzo, refiriendo que, en la madrugada del 31 de marzo, el paciente presenta sangrado por un punto y se queja de dolor continuo (TA: 80/50. FC: 70. Sat.: 94%. Tº: 35,5), ante lo que se avisa al Médico de guardia; se llama al Dr. M. y se realiza un análisis de sangre y un TAC abdominal urgente.

-Hoja de evolución del paciente de 31 de marzo de 2011, del Médico de guardia. Se informa que, a las 3:08 horas del día 31 de marzo, acude por presentar el paciente sangrado y malestar general, se avisa al Dr. M. y se solicita analítica y TAC de control (FC: 70. Sat. O2: 94%. Tº: 35. TA: 85/50).

-Informe radiológico de 31 de marzo de 2011 del TAC de urgencia practicado. Concluye: “*cambios quirúrgicos. Líquido libre abdominal que impresiona de origen quirúrgico. No impresionan signos sugestivos de sangramiento en lecho vesicular, aunque no pueden descartarse. Se sugiere seguimiento clínico*”.

-Análisis de sangre del 31 de marzo de 2011 a las 10:54 horas: leucocitos 6.42 /ul y hematocrito 37.1 %.

-Informe de alta de 1 de abril de 2011: “*normalización leucocitosis (6300). Hemoglobina 12.3 Hematocrito 37%. Buenas tensiones y constantes. Tensión arterial en varias tomas de 120/70*”.

## **3. Informes obrantes en el expediente.**

En la instrucción del procedimiento, se han incorporado los siguientes informes y documentos de interés:

**A) Informe de funcionamiento, emitido por el Dr. D. E.C.M.L,** Cirujano que practicó la colecistectomía en la *Clínica L.M.*, Especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo.

-En relación con el incidente de hipotensión brusca del paciente, en la mañana del jueves 31 de marzo de 2011, subraya que, en el TAC de urgencia practicado, no se hallan *“datos que sugieran complicación postquirúrgica sino cambios compatibles con la intervención”*, por lo que abandona la Clínica sobre las 6 de la mañana.

-De vuelta sobre las 9 horas del mismo día 31 de marzo, valora al paciente, que se encuentra asintomático, corrobora que han desaparecido los signos de inflamación y observa una mejora en la analítica (37,1 % hematocrito).

-Por la tarde, vuela a valorar al paciente y, dado que persiste el sangrado de uno de los puntos, se lo refuerza con anestesia local, *“cediendo de inmediato el manchado”*. La evolución posterior *“fue de libro”* y, el viernes 1 de abril se le da el alta: *“el paciente se marcha bien y por su propio pie”*.

**B) Informe médico pericial de 13 de marzo de 2019, emitido por la Consultora médica P.** y elaborado por el Dr. D. H.D.G.R.

-En relación con el incidente de hipotensión, subraya que la bajada del hematocrito en la mañana del 31 de marzo, desde el 42% del previo preoperatorio al 35%, mejora en la nueva analítica practicada a las 9.00 horas (37,1%). En cuanto al TAC, entiende que *“descarta evento agudo hemorrágico”*.

-Concluye que la *“indicación de la cirugía fue correcta”*, que la causa de fallecimiento *“apunta a una muerte súbita, independiente del gesto quirúrgico”* y que no hubo relación *“causa efecto entre una mala práctica médica y el fallecimiento”*. No obstante, el informe se realiza sin contar con informe de la autopsia.

**C) Informe de ampliación, de 30 de septiembre de 2019, del Informe médico pericial 13 de marzo de 2019 emitido por la Consultora médica P.** y elaborado también por el precitado Dr. D. H.D.G.R.

Con posterioridad a la redacción del Informe de 13 de marzo, se incorpora al expediente el Informe médico-forense, del Dr. D. J.I.A. de 22 de febrero de 2013, en el seno de las Diligencias Previas núm. 620/2011, incoadas ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Logroño (cfr. Antecedente de hecho Cuarto), el cual, a su vez, recoge los datos de la autopsia practicada, que no habían sido tenidos en cuenta en el primer Informe. El sentido de sus conclusiones no varía, salvo en lo relativo a la causa del fallecimiento.

-La causa del fallecimiento es una perforación del intestino delgado, no advertida durante la cirugía por ser de pequeño tamaño, que desembocó en un *“shock séptico”*. *“La escasa reserva funcional de los pacientes añosos es responsable de un desenlace tan fatal y tan repentino”*.

*-“En todo momento, las actuaciones médicas fueron las correctas, a pesar de no haber podido desenmascarar que el dolor y la hipotensión reversible con líquidos iv de la primera noche de postoperatorio fueron debidos a una perforación intestinal”.*

*-“La actuación médica no deben considerarse como alejada de la lex artis, a pesar del desenlace fatal”.*

**D) Informe de la Inspección médica, de fecha 8 de abril de 2019,** emitido por la Dra. D<sup>a</sup> V.C.C. Sobre la base de los hechos obrantes en el expediente y consultada la bibliografía, concluye, en similar sentido que el informe de P.:

*-Que la intervención era apropiada a la patología; que el cuadro de hipotensión abdominal del postoperatorio fue atendido en tiempo y forma, “sin evidencia de signos ni síntomas de patología aguda ni de gravedad por los que procediera realizar algún tipo de actuación distinta a las realizadas”; que el alta fue procedente; y que, no constando la causa de la muerte, la actuación de la Clínica L.M. “puede considerarse ajustada a la lex artis”.*

**E) Informe de ampliación, de 22 de agosto de 2019, del Informe de la Inspección médica, de 8 de abril de 2019,** emitido por misma Dra. D<sup>a</sup> V.C.C, a la vista de la incorporación al expediente del antes citado Informe médico-forense, señala:

*-Que, en el Informe médico-forense, “se establece como causa de la muerte una complicación del procedimiento quirúrgico consistente en shock por peritonitis, debida a perforación intestinal y hemorragia”, estando recogidos todos estos procesos en el consentimiento informa firmado por el paciente.*

*-Que, en el citado Informe, se concluye “que los datos clínicos y analíticos obtenidos durante el postoperatorio eran indicativos de la perforación intestinal y que esta no fue detectada durante la estancia en el hospital. No obstante, con la información de que disponía esta Inspección médica a la hora de realizar el informe pertinente, no se puede llegar a concluir que existiera dicha complicación en dicho momento”.*

**F) Informe médico-forense, del Dr. D. J.I.A., de 22 de febrero de 2013,** en el seno de las Diligencias Previas antes citadas, expresa que:

*-Examinados todos los datos generados durante la estancia hospitalaria (analíticas, TAC, constantes...), entiende que existieron síntomas indicativos de shock hipovolémico y de infección. El cuadro médico indicativo “no tuvo una clara mejoría durante la estancia hospitalaria, pero no fue valorado importante”.*

*-“Como consecuencia de la intervención quirúrgica, se produjeron complicaciones consistentes en una perforación intestinal y una hemorragia copiosa”; que “los datos clínicos y analíticos obtenidos durante el postoperatorio eran indicativos de la existencia de ambas complicaciones”; y que la causa de la muerte fue “una complicación del procedimiento quirúrgico consistente en shock por peritonitis, debida a perforación intestinal y hemorragia”.*

G) *Escrito de conclusiones provisionales de la Fiscalía de 9 de mayo de 2014*, en el seno de las mismas Diligencias.

#### **Cuarto**

Concluida la fase de instrucción, se comunica a las reclamantes, mediante escrito de 8 de abril de 2019, notificado el mismo día, la apertura del trámite de audiencia, así como su derecho a formular alegaciones y presentar los documentos que consideren oportuno.

Tras comparecer, el 29 de abril de 2019, las reclamantes presentan un escrito de alegaciones, de fecha de 6 de mayo de 2019, en el que se limitan a reiterar las actuaciones referidas a los hechos y las declaraciones que constan en el expediente, así como las que se realizaron en el proceso penal. Adjuntan el Informe médico-forense del Dr. J.I.A. de 22 de febrero de 2013, en el seno de las reiteradas Diligencias Previas, el cual, a su juicio, explica con claridad todo el proceso.

#### **Quinto**

Con fecha 11 de octubre de 2019, el Instructor del expediente emite una *Primera Propuesta de resolución* en el sentido de que se desestime la reclamación, por no ser imputable el perjuicio alegado al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios.

#### **Sexto**

La SGT de la Consejería actuante, el 15 de octubre de 2019, remite a la DG de los Servicios Jurídicos, el expediente de responsabilidad patrimonial para su preceptivo informe, que es emitido, el 31 de octubre de 2019.

El informe no comparte las conclusiones alcanzadas en la Propuesta de resolución de 11 de octubre de 2019, puesto que, a la vista del informe del Instituto de Medicina Legal de la Rioja (Informe médico-forense del Dr. D. J.I.A. de 22 de febrero de 2013), “*se puede desprender que el manejo del paciente en el postoperatorio no fue conforme a la lex artis*”, cuantificando la indemnización a percibir en 20.000 euros.

En cuanto a la forma de exigencia de responsabilidad a la Clínica *L.M.*, cuya prestación sanitaria en este caso se lleva a cabo dentro del *contrato de servicio de asistencia sanitaria*, que tiene suscrito con la Consejería actuante, entiende que, una vez firme, la resolución administrativa es título suficiente para reclamar, a la entidad concertada, el reintegro de las cantidades abonadas.

Finalmente, entiende que deben incorporarse al expediente la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño y el precitado *contrato de servicio de prestación de asistencia sanitaria* entre la Consejería actuante y la Clínica L.M.

### **Séptimo**

El 6 de noviembre de 2019, se solicita al Juzgado la remisión de la aludida Sentencia y la fecha en la que fue declarada su firmeza. Se incorporan así al expediente las Diligencias Previas, autos y la Sentencia de 1 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño (procedimiento de homicidio por imprudencia), declarada firme, por Auto de 30 de octubre de 2017. De los hechos probados, interesa destacar:

*-"No se ha podido determinar que la perforación aconteciera durante la intervención, sino que, a lo sumo, pudiera acontecer una lesión en la misma (desconocemos el tipo) que derivó en una perforación diferida, no pudiendo acreditarse, sin lugar a dudas, la efectiva causa de la muerte".*

*-"El protocolo de actuación seguido por el encausado fue el correcto: Se le hicieron las pruebas oportunas y se valoró el estado del paciente, afirmándose que, al ser éste dado de alta (el paciente) no presentaba un cuadro de abdomen agudo ni síntoma alguno que haría prever tan fatídico desenlace".*

La Sentencia concluye que *"valorando en conjunto las pruebas vertidas en las presentes actuaciones, no podemos determinar fehacientemente que la forma de proceder del encausado no fuera la correcta, habiendo actuado con la debida diligencia en cuanto a la realización de la intervención, seguimiento y análisis de la evolución del paciente por él operado. Por lo expuesto, procede acordar la absolución del encausado... Dicha determinación también conlleva la absolución de los responsables, directa y subsidiariamente, en las presentes actuaciones"*.

### **Noveno**

A la vista de la nueva documentación incorporada al expediente, con fecha 26 de noviembre de 2019, el Instructor del expediente emite una *Segunda Propuesta de resolución*, en el sentido de que se inadmita la reclamación, por haber prescrito su acción para reclamar; y alternativamente, que se desestime, por no ser imputable el perjuicio alegado al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios

### **Décimo**

El 10 de enero de 2020, la DG de los Servicios Jurídicos, a la vista igualmente de la nueva documentación incorporada al expediente, emite un *Segundo Informe* y, en el mismo sentido que la segunda Propuesta de resolución, manifiesta la extemporaneidad de la reclamación y que la Sentencia firme del Juzgado de lo Penal, tras la prueba practicada

en la vista oral, acredita suficientemente que la actuación, en el presente caso, “*fue totalmente acorde a la lex artis ad hoc*”.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente en fecha 14 de enero de 2020, que ha tenido entrada en este Consejo el día 15 de enero de 2020, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

#### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el día 15 de enero de 2020, procedió, en nombre de dicho Consejo, 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**

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la misma quedó incluida en la convocatoria señalada en el encabezamiento.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero**

##### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo**

1. A tenor de lo dispuesto en el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

A estos efectos, el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91, o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.

En el mismo sentido, el art. 81.2 LPAC'15 prescribe 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 (CAR), el art. 11, g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, remite a la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, legislación estatal, para la determinación del carácter preceptivo de los dictámenes. Por aplicación de dicha normativa, como acabamos de exponer, el dictamen será preceptivo cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros. En este caso, el reclamante cuantifica el importe de su indemnización en 150.000 euros.

2. En cuanto al contenido del dictamen, el párrafo final del citado art. 81 LPAC'15 dispone que aquél deberá 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 de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley.

## **Segundo**

### **La exigencia de responsabilidad patrimonial a los contratistas de la Administración**

1. En el ámbito de la asistencia sanitaria concertada, viene siendo repetida la afirmación jurisprudencial y de los órganos consultivos de la responsabilidad de la Administración sanitaria, en cuanto que de ella parte la precisa encomienda de la atención del paciente en un Centro sanitario concertado.

La garantía eficaz de los derechos del particular reclamante y la titularidad pública del servicio obliga así a la Administración a pronunciarse en las reclamaciones de indemnización, al margen de que la lesión se origine en un centro público o privado concertado, y que sea o no causa de una orden directa o de ineludible cumplimiento impuesta a la entidad privada contratante. Y ello, sin perjuicio de la acción de reembolso que pudiera proceder contra la misma en virtud del concierto; tal y como hemos declarado

en diversos dictámenes relativos a la responsabilidad directa de la Administración contratante por daños causados en clínicas concertadas (cfr. D.72/08; D.12/09; D.27/10; D.57/10; o D. 83/11).

Como acierta a resumir en igual sentido el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 20 de noviembre de 2018:

*“Cuando ante una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por deficiente asistencia sanitaria formulada por un perjudicado a la Administración, habiéndose prestado la asistencia por una entidad privada en régimen de concierto con la Administración; si la propia Administración tramita el procedimiento y en el seno del mismo se da plena intervención a la entidad concertada, se declara en la resolución que pone fin al mismo que procede la responsabilidad y se fija las indemnizaciones procedentes, pero imputando dicha responsabilidad al Centro privado concertado, imponiendo la obligación de que proceda al pago de las indemnizaciones con derecho de reintegro del Centro concertado, esa misma resolución, una vez adquiere firmeza, es título suficiente para reclamar la Administración las cantidades abonadas a la entidad concertada, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento a esos concretos fines”.*

El fundamento legal se situaba antes en la Disposición Adicional Duodécima (DA12ª) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC'92), que fue añadida tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en cuanto establecía que las reclamaciones de responsabilidad por daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por las entidades, servicios y organismos del Sistema nacional de salud y de los Centros sanitarios concertados con ellas, seguirán la tramitación administrativa prevista en dicha Ley, correspondiendo su revisión a la jurisdicción contencioso administrativa, previsión que trataba de poner fin a la disparidad de criterios jurisprudenciales en cuanto al orden jurisdiccional competente para conocer. Hoy, dicho fundamento legal, cabe situarlo en los arts: 32.9, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector público (LSP'15); 82.5, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15); y 196, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP'17).

En suma, la concreta formula de gestión utilizada por la Administración en la procura del servicio publico sanitario no debe repercutir en la garantía de los derechos de los ciudadanos y no altera la disposición por el particular —al margen de otras vías— de la acción de responsabilidad (reclamación directa contra la Administración en cuanto titular del servicio), con independencia en su caso de la acción de regreso que la Administración pudiera ejercitar frente al contratista, si se desprendiese, una vez instruido el expediente, su responsabilidad.

En el caso que nos ocupa, concurre la legitimación pasiva de la Administración sanitaria. El paciente, *fue diagnosticado en el SERIS de una colelitiasis*, siendo el referido SERIS quien le remitió, para la práctica de la intervención quirúrgica que estimó

procedente y, por tanto, para la prestación del Servicio público sanitario, a un Centro privado con él *concertado*. En consecuencia, la actuación de la Clínica de *L.M.*, a la que las reclamantes imputan los daños cuya indemnización pretenden, al actuar *por un encargo* del SERIS comprendido en el correspondiente *convenio* o *concierto*, determina que la eventual actuación dañosa de tales sujetos privados puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración y a la aplicación de las reglas que rigen éstas, incluyendo a las que cualifican a la prestación del Servicio público sanitario.

De otra parte, ha quedado constancia en el expediente de la notificación a la Clínica *L.M.* de la apertura del expediente de responsabilidad, a fin de que pueda comparecer en el mismo y ejercitar los derechos que le correspondan y de su posterior personación, el 24 de octubre de 2018 (art. 82.5 LSP'15).

### **Tercero**

#### **La prescripción de la acción de responsabilidad**

1. El art. 67 LPAC'15 establece que *“los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*.

2. La Propuesta de resolución entiende que, aun cuando el ejercicio de acciones en vía jurisdiccional, singularmente en vía penal, pueden interrumpir el plazo anual establecido legalmente, ello no se ha producido en este caso, de modo que *debería inadmitirse la reclamación “por haber prescrito su acción para reclamar: ha transcurrido más de un año sin haber ejercitado la acción”*.

Fundamenta su posición, en que *“la interrupción del plazo de prescripción de un año referido se produce por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, siempre que, en ese caso, el ejercicio referido resulte idóneo y procedente, es decir, que el resarcimiento del daño o perjuicio se trate de obtener frente a la Administración supuestamente responsable, pero no si se trata de obtener frente a un tercero ajeno a la misma (ejemplo, la acción penal previa se dirige contra un particular y su Aseguradora)”*.

En el presente caso, la acción penal ejercitada no era idónea para lograr un resarcimiento de la Administración, sobre la base de que el *Auto de apertura del juicio oral de 12 de junio de 2014* establece *“que no se declara la responsabilidad civil del*

*SERIS ni de Z, en tanto que la Clínica L.M. no depende del Servicio Riojano de Salud”. De forma, por tanto, que las reclamantes conocían, desde junio de 2014, “que su acción penal, con pretensión de indemnización civil frente al SERIS, no era idónea, ni efectiva, por lo que, desde ese momento (junio-2014), disponían del plazo de un año para dirigir su reclamación frente a la Administración”.*

A resultas de lo anterior, habiéndose presentado la reclamación el 7 de septiembre de 2018 *“ha de tenerse por extemporánea por transcurso del plazo (un año), para reclamar”.*

Apoya su interpretación en varios pronunciamientos jurisprudenciales (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2008, de 21 de marzo de 2000, o, de 1 de junio de 2011. Igualmente, en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núms. 812/2009, de 25 de septiembre, y 281/04 de 29 de abril, o en la del de Extremadura núm. 104/2012, de 15 de mayo); de los que extrae *“que la prescripción se interrumpe con cualquier reclamación que manifiestamente no sea inidónea o improcedente, encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello”.*

**3.** A pesar de que se trata de una cuestión discutida, toda vez que la redacción del antiguo art. 146.2 LPAC’92 y, actualmente, art 37 LPAC’15, no arroja una interpretación clara, es, en efecto, consolidada doctrina jurisprudencial que el plazo para ejercer una acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración queda interrumpido por la incoación de diligencias y actuaciones en el orden penal, cuando estas vienen referidas a los hechos que fundamentan la reclamación administrativa.

En palabras del Tribunal Supremo: *“la adecuada interpretación de este precepto legal (art. 146.2 LPAC’92) exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues otra interpretación colocaría al administrado en una situación de inseguridad jurídica derivada de la incertidumbre sobre el futuro desenlace del proceso penal iniciado”* (Sentencia de 16 de mayo de 2002).

A la vista de esta doctrina que, por lo demás, parece más acorde a una interpretación *“pro actione”* y favorecedora de la tutela de los administrados, este Consejo entiende que, en el presente caso, la acción penal planteada no puede calificarse *como manifiestamente inidónea o improcedente.*

El hecho de que en la apertura del juicio oral el 12 de junio de 2014 no se declarase la responsabilidad civil del SERIS y su Aseguradora Z. no convierte automáticamente la causa penal en *inidónea*, de cara a lograr el resarcimiento frente a la Administración de responsabilidad administrativa, toda vez que, al margen de que puede haber variaciones en las siguiente fases procesales, la jurisdicción penal ha continuado conociendo y fijando justamente los hechos en los que se fundamenta la reclamación de responsabilidad.

En suma, este Consejo entiende que, siendo parte las reclamantes en el proceso penal, el *dies a quo* para el inicio del plazo del cómputo de prescripción quedó fijado para ellas el 30 de octubre de 2017 fecha en la que se dictó el Auto por el que se declaró la firmeza de la Sentencia de 1 de septiembre de 2017 que concluyó el proceso penal. *En consecuencia, no procede inadmitir por extemporánea la reclamación presentada el 7 de septiembre de 2018.*

### **Tercero**

#### **Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja**

1. Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 32.1 y 32.2 LSP'15), 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.

2. Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilísimo 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 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.

3. Lo anterior es también predicable para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien en estos casos la obligación del profesional médico y la

Administración sanitaria es una obligación *de medios* y *no de resultado*, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración o, lo que es lo mismo, no tendrán la condición de antijurídicos, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

4. Como venimos indicando con reiteración 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 explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar.

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.

5. Sólo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirva la Ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, y de si concurren o no criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirva la Ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

6. En relación con el criterio de imputación objetiva aplicable en materia de responsabilidad sanitaria, debe recordarse que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente, y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora de cualquier resultado negativo, el Tribunal Supremo (STS -Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 13 noviembre 2012) tiene sentado el criterio de que:

*“La responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas, en ningún caso, como garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento en que se produce el hecho acaecido pone razonablemente a disposición de la Medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario, no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.*

*En otros términos, que la Constitución determine (en su) artículo 106.2 que «los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos», *lo que es reiterado en la Ley 30/1992, artículo 139.2 con la indicación que «en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas», no significa que la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas esté basada en la simple producción del daño, pues además éste debe ser antijurídico, en el sentido de que quien lo padece no tenga obligación de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento”.*

**7.** Pues bien, cabe recordar que *lex artis ad hoc* es el criterio de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración sanitaria, consistente en la exigencia de que ésta actúe conforme a los conocimientos, protocolos y técnicas adecuados al caso concreto, empleando los medios más apropiados, en sustancia, tiempo y forma, para diagnosticar, tratar y sanar a un determinado paciente según el estado actual de la ciencia al respecto y los vigentes protocolos profesionales de actuación. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007:

*“Cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible a la Ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente..., aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia posoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste” .*

Advirtamos que la tesis contenida en el inciso final del párrafo transcrito coincide con la doctrina mantenida en nuestro dictamen D.99/04, tesis que, como se ha señalado antes, hemos matizado en dictámenes posteriores en el sentido de que no se trata de que el perjudicado tenga un específico deber jurídico de soportar el daño, sino que, simplemente, si se ha actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, no cabe 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.

**8.** Como consideración adicional, ha de recordarse que, según un principio general (consignado, por ejemplo), en el art. 217.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), es carga del reclamante la acreditación de la concurrencia de los requisitos de los que nuestro ordenamiento jurídico hace nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración (por todas, Sentencia, de la Sala 3ª, del Tribunal Supremo, de 2 julio de 2010, Recurso de casación núm. 2985/2006).

**9.** En otro orden de cosas, en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración, es preciso analizar también si quien recibe un servicio de esa Administración sanitaria ha prestado su consentimiento informado a las técnicas médicas que ésta pone en juego sobre él.

Como ha venido dictaminando este Consejo Consultivo (por todos, en los dictámenes D.43/16, D.12/17 y D.37/17), el consentimiento informado venía ya contemplado en el art. 10.5 de la Ley 14/1986 de 25 de abril, ahora derogado y sustituido por el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y, por lo que afecta a la CAR, por la Ley riojana 2/2002 de 17 de abril, que también contempla el derecho del paciente a ser informado sobre el estado de su salud.

Dicha información es, pues, necesaria para toda actuación en el ámbito de la sanidad, comprendiendo, por lo tanto, todo proceder realizado con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación. Ello es así porque el paciente tiene derecho a que se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

Este criterio tiene su génesis en el Derecho privado, donde el consentimiento informado equivale a una cláusula, voluntaria y genérica, de exoneración de responsabilidad, aceptada por el paciente.

En principio, el mismo significado ha de otorgarse al consentimiento informado en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. En tal campo, el presupuesto de este criterio es el de la existencia de una obligación prestacional (que aquí no deriva de un contrato sino de una relación jurídico pública), y equivale a una cláusula, voluntaria y genérica, de exoneración de dicha responsabilidad, por la cual el paciente asume los riesgos típicos de los que fue informado, de modo que, entonces, ha de entenderse que éste tiene el deber jurídico de soportar el daño en materia de responsabilidad sanitaria de la Administración, sino, como hemos señalado en otros dictámenes, que surge para el mismo la imposibilidad de imputar a la Administración el daño producido.

Esta cláusula tiene mayor alcance práctico que en el Derecho privado, porque la Administración pública no responde por culpa, sino objetivamente y, entonces, si no fuera por ella, deberá responder incluso habiendo cumplido escrupulosamente con su obligación prestacional que, en todo caso, es de medios y no de resultados.

Por ello, hemos recapitulado en otros dictámenes (cfr, por ejemplo, D.18/10 y D.40/15 y el ya citado D.43/16, entre otros), a propósito del consentimiento informado, que esta figura opera como criterio negativo de imputación objetiva cuando el paciente ha

sido informado de los riesgos que presenta el tratamiento o la intervención que se propone, presta su consentimiento a estos y, finalmente, adviene un daño de cuya eventual producción fue informado en su momento.

Pero también hemos recordado reiteradamente (cfr. dictámenes D.15/05, D.55/05, D.86/05, D.89/07 y D.40/15, entre otros) que el hecho de que conste por escrito la existencia del consentimiento informado prestado por el paciente puede no constituir, en ciertos casos, una causa de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, pues el consentimiento informado no puede operar como una especie de salvoconducto que legitime todo evento dañoso ulterior.

Es a la luz de estas consideraciones como habrá de analizarse la reclamación formulada por el interesado.

### **Tercero**

#### **Sobre la inexistencia de responsabilidad de la Administración en el presente caso**

1. En síntesis lo que plantea esta reclamación es la responsabilidad de la Administración en el fallecimiento del paciente, al que el SERIS derivó a la Clínica *L.M.* para someterse a una operación quirúrgica (“*colecistectomía laparoscópica*”), que se realizó el 30 de marzo de 2011, siendo dado de alta el día 1 de abril de 2011 “*pese — según las reclamantes— a su mal estado de salud, sangrado y dolores*”.

La corrección o no de la asistencia sanitaria prestada —su sujeción o no a la *lex artis*— y, por ende, el nacimiento de las responsabilidades ha quedado centrada en la determinación de la causa de la muerte y, conectado a ello, en la *adecuada valoración o no por el Facultativo responsable de los indicadores clínicos que presentaba el paciente tras la intervención*, los cuales, no impidieron que fuera dado de alta el día 1 de abril, falleciendo en la madrugada del día siguiente.

2. La Propuesta de resolución del Instructor del expediente, de 26 de noviembre de 2019, considera que la pretensión contenida en el escrito de reclamación carece de los requisitos legales y jurisprudenciales para que pueda dar lugar a la obligación de indemnizar, basándose, sustancialmente, en que

-Primero, la asistencia sanitaria prestada al paciente ha sido correcta y adecuada a la *lex artis*, puesto que: “*la complicación surgida, además de ser típica e inherente al procedimiento quirúrgico y haber sido informada previamente al paciente, fue de aparición completamente imprevisible para los Facultativos del SERIS, dada su clínica escasamente manifestada y la ausencia de datos clínicos, analíticos y de imagen que orientaran a ese diagnóstico antes de conceder el alta la paciente*”.

-Segundo, no se ha aportado prueba suficiente que permita mantener que la actuación de los profesionales ha sido desatinada, no deduciéndose tal hecho, además, de los *informes emitidos con motivo de la reclamación*, y siendo así que, por el contrario, de los mismos, resulta que la actividad sanitaria fue, en todo momento, correcta.

-Y tercero, todo lo anterior ha sido corroborado por *la Sentencia 286/2017, de 1 de septiembre de 2017, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño*.

**3.** Este Consejo Consultivo comparte la conclusión alcanzada a este respecto en la Propuesta de resolución.

Efectivamente, el *Informe de P. de 30 de septiembre de 2019 y el de la Inspección Médica de 22 de agosto de 2019* confirman la sujeción de la actuación sanitaria a la *lex artis*, a pesar del fatal desenlace. Sin embargo, conviene también subrayar que lo anterior no era compartido por el *Informe médico-forense de 22 de febrero de 2013*, incorporado también al expediente. Según este último, sí que existieron síntomas indicativos del *shock hipovolémico* y de infección que no fueron valorados, siendo justamente la causa de la muerte “*shock por peritonitis debida a perforación intestinal y hemorragia*”.

No obstante, a juicio de este Consejo, la referida discrepancia ha quedado resuelta por la Sentencia recaída en el proceso penal. Tras la práctica de la prueba pertinente, resulta de sus hechos probados (cfr. el Antecedente de hecho Séptimo) que no se ha podido determinar la causa de la muerte y, en cuanto a la actuación del Médico responsable, se concluye que el protocolo de actuación seguido fue correcto: “*se le hicieron las pruebas oportunas y se valoró el estado del paciente, afirmándose que, al ser éste dado de alta, el (paciente) no presentaba un cuadro de abdomen agudo ni síntoma alguno que haría prever tan fatídico desenlace*”.

La Sentencia concluye que “*valorando en conjunto las pruebas vertidas en las presentes actuaciones, no podemos determinar fehacientemente que la forma de proceder del encausado no fuera la correcta, **habiendo actuado con la debida diligencia en cuanto a la realización de la intervención, seguimiento y análisis de la evolución del paciente por él operado**. Por lo expuesto procede acordar la absolución del encausado... Dicha determinación también conlleva la absolución de los responsables directa y subsidiariamente en las presentes actuaciones*”.

En definitiva, toda vez que los hechos que sustentan la reclamación han sido objeto de prueba y valoración, en sede judicial, no cabe sino asumir su sentido en vía administrativa, de suerte que, en este caso, ha quedado constado que la asistencia médica dispensada en la Clínica *L.M.* se ha ajustado a la *lex artis*.

## CONCLUSIONES

### Primera

No procede inadmitir por extemporánea la reclamación presentada el 7 de septiembre de 2018, debiendo computarse el *dies a quo* para el inicio del plazo del cómputo de prescripción el día 30 de octubre de 2017, fecha en la que se dictó el Auto por el que se declaró la firmeza de la Sentencia de 1 de septiembre de 2017 por la que concluyó el proceso penal.

### Segunda

Procede desestimar la reclamación planteada, por no concurrir criterio positivo alguno de imputación de responsabilidad a los Servicios públicos sanitarios, al ajustarse su actuación a la *lex artis ad hoc*.

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