

En Logroño, a 5 de diciembre de 2006, 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<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Bueyo Díez Jalón, y D. José M<sup>a</sup> Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

83/06

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D<sup>a</sup> Carmen G.B. como consecuencia de la operación quirúrgica realizada en el Hospital de *San Millán* para extraerle una cucharilla de café.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Antecedentes del asunto

#### Primero

D. José N.R., Abogado que actúa en defensa y representación de D<sup>a</sup> María del Carmen G.B., mediante escrito de 3 de octubre de 2005, presentado en el Registro de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León el 4 de octubre de 2005, y registrado en la Oficina Auxiliar de Salud del Gobierno de La Rioja el 7 de octubre de 2005, solicita iniciación del procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial de este Servicio, como consecuencia de la atención prestada por el Servicio de *Aparato Digestivo* del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*, de acuerdo con el siguiente relato de hechos:

-La perjudicada, como consecuencia de la ingestión accidental de una cucharilla de café, fue intervenida en el Centro Hospitalario *San Millán* de Logroño, el día 25 de octubre de 1998, mediante laparotomía supraumbilical y gastrotomía para extraerle dicho cuerpo extraño. En dicha intervención “*se le produjo una lesión iatrogénica con la pinza de tracción sobre la superficie del páncreas, al romper o seccionar el conducto de Wirsung*”, sin que fuera informada de ello ni a su alta el día 2 de noviembre de 2005.

-Trasladada a Zamora, su residencia habitual, tuvo que ser ingresada de urgencia en el Hospital “*Virgen de la Concha*”, el día 5 de noviembre de 2005, donde se le diagnostica “*fistula pancreática post-quirúrgica*”, como consecuencia de la lesión iatrogénica antes indicada, de donde es derivada al Hospital Clínico Universitario *Del Río-Hortega*, de Valladolid que diagnostica “*pancreatitis y*

*peritonitis por rotura del conducto de Wirsung”, con una patología de “pancreatitis aguda necrótico-hemorrágica. Periesplenitis y hemorragia subcapsular esplénica. Peritonitis”, de la que es intervenida.*

-Estas intervenciones le han causados graves padecimientos y secuelas, conforme recoge el Informe forense practicado en las actuaciones judiciales seguidas (730 días en estabilizar su situación clínica; 44 días de incapacidad, 35 días de hospitalización y diversas secuelas, sin perjuicio de otras futuras).

-Tales hechos fueron denunciados ante la autoridad judicial que dieron lugar a distintas actuaciones judiciales contra los cirujanos intervinientes en el Hospital *San Millán*, sus Compañías aseguradoras como responsables civiles y tanto el INSALUD como el SERIS, como responsables civiles subsidiarios, que concluyeron con sentencia absolutoria en cuanto a responsabilidad penal. No obstante, resultan acreditadas en las Diligencias penales diversas secuelas (anemia, cefalea tensional y variaciones anormales de la glucemia, que posiblemente deriven en padecimientos diabéticos, ante la ausencia absoluta de páncreas). Asimismo, considera como hecho reconocido en la sentencia “*la existencia de una lesión iatrogénica con la pinza sobre la superficie de la cabeza del páncreas y sus consecuencias*”.

-Valora los daños en 230.000 euros (30.000 por lesiones; 120.000, por secuelas; y 80.000, por daños morales).

-Concluidas las actuaciones penales con el Auto de archivo, de 19 de mayo de 2005, notificado el 30 siguiente, el Letrado presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial ante el INSALUD (hoy Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) que fue inadmitida por la Subsecretaría de Sanidad y Consumo, de 23 de septiembre de 2005, por falta de competencia al haber sido traspasada ésta a la Comunidad Autónoma de La Rioja.

-Propone diversas pruebas documentales, así como aporta extensa y diversa documentación que consta en el expediente (copia de las actuaciones judiciales seguidas, de la reclamación presentada contra el INSALUD y del historial clínico de la perjudicada).

## **Segundo**

Mediante Resolución de 24 de octubre de 2005, del Secretario General Técnico de la Consejería de Salud, se tiene por iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial referido y se designa a la Instructora del mismo.

## **Tercero**

Con fecha 26 de octubre de 2005, y notificación el 2 de noviembre, la Instructora del procedimiento comunica al Letrado la recepción del escrito de reclamación el día 7 fecha de 7 de octubre, a los efectos legales pertinentes.

## **Cuarto**

Con fecha 27 de octubre de 2005, y mediante la debida notificación, se comunica la iniciación del procedimiento de responsabilidad a M. Industrial, SAS. como Aseguradora del INSALUD en la fecha en que ocurrieron los hechos.

### **Quinto**

Con fecha 28 de octubre de 2005, la Instructora del procedimiento hace constar que, ya en el año 2000, se inició expediente administrativo por los mismos hechos, razón por la que acuerda incorporar la documentación obrante en el mismo, entre la que se incluye su historia clínica en el Hospital *San Millán*. Se incorporan, entre otros, los siguientes documentos:

- Denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción de Logroño, de 6 de mayo de 1999.
- Informes de alta hospitalaria de los Hospitales *San Millán* de Logroño (2.11.2005); *Virgen de la Concha* de Zamora (17.11.2005) y *Del Río-Hortega* de Valladolid (2.12.2005), folios 63-66.
- Los partes de reclamación cumplimentados por los cirujanos ( el de la Dra. R.C., de 20 de enero de 2000, y, sin data, el del Dr. D.F.) y otro personal sanitario que intervinieron en el Hospital *San Millán* a D<sup>a</sup> María del Carmen G.B., a los efectos de la aplicación de la póliza de seguro suscrita con M. Industrial, SAS. (folios 67-75).
- Informe de la Inspección Médica del INSALUD, de 30 de marzo de 2000 (folios 80-83).
- Consentimiento informado para la intervención (folios 86-88).
- Copia del historial clínico de las actuaciones médicas seguidas en los tres Hospitales referidos (folios 89 a 306).

### **Sexto**

El 23 de noviembre de 2005, la Instructora solicita a los Juzgados de instrucción núm. 1 y al de lo Penal, núm 2, ambos de Logroño, copia de las actuaciones judiciales seguidos ante ellos en relación con los hechos que motivan la tramitación del presente procedimiento, al haber sido propuestas como prueba documental por la representación de la reclamante.

### **Séptimo**

Mediante otro “Acuerdo” de la Instructora, de 25 de noviembre de 2005, se admite la prueba propuesta por la reclamante, lo que se notifica a su representante el 29 de noviembre siguiente.

Se han incorporado al expediente las prolijas actuaciones judiciales que constan en los folios 312-1.306.

Merecen destacarse los siguientes documentos:

- Informe médico y de secuelas emitido por el Médico Forense, adscrito al Juzgado de Instrucción, folio 779.
- Solicitud del Ministerio Fiscal relativo a ampliación informe pericial, folio 788.
- Informe emitido por Forense especialista en cirugía a las preguntas del Ministerio Fiscal, folios 804-807.

-Informe del Dr. Y., Jefe de Servicio de Digestivo del Hospital *San Millán* de Logroño, folios 1191-1192.

-Informe del Dr. G.P., Jefe de Sección de Cirugía del Hospital *Santiago Apóstol* de Vitoria, folios 1193-1197.

-Sentencia núm. 443, de 2004, de 2 de diciembre de 2004, del Juzgado de lo Penal, núm. 2 de Logroño, dictada en el Procedimiento abreviado núm. 84/01, Diligencias previas 354/1999, procedente del Juzgado de Instrucción núm.1 de Logroño, por un delito de imprudencia grave profesional con resultado de lesiones graves, seguido contra los Doctores R.C. y D.F., y, como responsables civiles, el INSALUD y el SERIS y las Aseguradoras M., A. y W., que absuelve a los acusados, folios 1231-1254.

-Auto de 20 de enero de 2005, por el que se declara no haber lugar a corregir error alguno ni a aclarar ningún concepto de la Sentencia 443/2004, de 2 de diciembre, folios 1.284-12.89.

-Auto de 11 de mayo de 2005, que declara firme y ejecutoria la Sentencia referida, al no haberse interpuesto recurso alguno contra la misma, folios 1296-1297.

### **Octavo**

La Instructora de procedimiento, el 18 de enero de 2006, remite el expediente a la Inspección Médica para que emita informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación que sirvan para fundar la propuesta de resolución, folio 1307.

### **Noveno**

Dicho informe es cumplimentado el 7 de marzo de 2006, folios 1.308-1314. En él se hace una precisa síntesis de las actuaciones médicas practicadas en los tres referidos Hospitales; de las atenciones recibidas en Consultas Externas de Atención Especializada de Zamora; del procedimiento judicial y del contenido de la reclamación de responsabilidad patrimonial. Asimismo, se valoran y rebaten, desde el punto de vista médico, las distintas afirmaciones contenidas en el escrito de reclamación, para concluir que la actuación de los Facultativos del Hospital *San Millán* fue correcta y ajustada a la *lex artis* en todo momento, considerando que las actuaciones llevadas a cabo en los otros dos Hospitales fueron precisas y necesarias a causa de la evolución que posteriormente siguió la paciente, sin poder determinar en qué momento se produce la rotura del conducto de Wirsung.

### **Décimo**

El 17 de julio de 2006, se emite dictamen pericial, incorporado al expediente (folios 1315-1319) y suscrito por el Dr. C.F. H., Director de la Asesoría Médica de A.G.C., suponemos que como perito propuesto por la Aseguradora M., en el marco del procedimiento seguido en aplicación de la póliza de seguro suscrita por el SERIS con dicha entidad, en el que considera, como conclusión final, que:

*“el daño que ha sufrido la paciente ...no es imputable a la asistencia a la que se sometió por los centros de La Rioja, Zamora o Valladolid, sino a la ingestión de una*

*cucharilla de café por causas desconocidas...La resolución del problema obligaba a la realización de una laparotomía exploradora que, una vez localizado el asentamiento del cuerpo extraño, se convirtió en laparotomía terapéutica, concurriendo una complicación causa de toda la evolución posterior”.*

### **Undécimo**

El 26 de julio de 2006, mediante la notificación correspondiente, la Instructora del procedimiento da trámite de audiencia al Letrado defensor y representante de la perjudicada, así como a M. Industrial SAS.

Comparece el Letrado y solicita copia de diversa documentación que se detalla y entrega.

### **Duodécimo**

Dicho Letrado comparece, mediante escrito de alegaciones de 16 de agosto de 2006, presentado el mismo día en la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Zamora, y registrado en la Oficina Auxiliar del Registro de Salud del Gobierno de La Rioja el 21 de agosto de 2006, folios 1325-1342.

En dichas alegaciones reitera la apreciación de los hechos causantes del daño a su defendida, imputables al funcionamiento anormal del servicio sanitario. Ratifica que la sentencia absolutoria se limita a *“excluir la responsabilidad criminal de los doctores intervinientes, pero no excluye en ningún caso la responsabilidad que ahora reclama”*, pues *“es determinante el hecho reconocido en la Sentencia de que la rotura del conducto de Wirsung originó una pancreatitis aguda necrohemorrágica y una plerisplenitis y peritonitis, que son clara consecuencia del vertido de los fermentos por la herida del páncreas, lo que provocó las graves consecuencias posteriores”*.

Concurren, a su juicio, los requisitos de la responsabilidad patrimonial; y ofrece a la Administración sanitaria la terminación convencional del procedimiento, fijando como acuerdo indemnizatorio la cantidad de 230.000 €, con renuncia a los intereses legales que deberían computarse, en otro caso, desde la producción del daño.

### **Decimotercero**

El 26 de septiembre de 2006, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, *“al no haber acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio sanitario y los daños alegados cuya reparación solicita”*.

En el cuerpo de la propuesta, se hace un relato pormenorizado de las actuaciones médicas dispensadas en los precitados Hospitales a la perjudicada, respecto de la extracción de cuerpo extraño y complicaciones pancreáticas posteriores, así como de las recibidas en Consultas Externas en los Servicios de Neurología y Endocrinología, en

Zamora. Da cuenta de las actuaciones judiciales y de los distintos informes periciales emitidos e incorporados al expediente, así como de las actuaciones instructoras practicadas. En cuanto al fondo de la cuestión, examina y rebate la valoración jurídica de las actuaciones médicas causantes del daño contenida en la reclamación, pues no se ajusta a la recogida en la Sentencia absolutoria *“ya que la rotura del conducto de Wirsung ha podido ser ocasionada por las manipulaciones quirúrgicas de la primera intervención o por la colangiopancreatografía retrógrada endoscópica o por la propia pancreatitis evolucionada de la paciente”*.

#### **Decimocuarto**

El Secretario General Técnico, mediante escrito, de 10 de octubre de 2006, remite el expediente para informe a la Asesoría Jurídica, que lo emite, de forma escueta, el 3 de noviembre, en sentido favorable a la desestimación de la reclamación.

#### **Antecedentes de la consulta**

##### **Primero**

Por escrito de 8 de noviembre de 2006, registrado de entrada en este Consejo el 13 del mismo mes y año, 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 14 de noviembre de 2006, registrado de salida el mismo día, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

##### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo.**

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 €. Al ser la cuantía de la presente reclamación superior a 600 €, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

### **Segundo**

#### **Sobre los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.**

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

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

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

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

-Que no haya prescrito el derecho a reclamar, cuyo plazo legal es de un año, computado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad *directa* de la Administración (aunque el daño haya sido causado por personal dependiente de la Administración o sea atribuible genéricamente a los servicios administrativos), *objetiva* (aunque no haya mediado culpa individual o la actuación no haya sido “ilícita”) y *general* (aplicable a cualesquiera de las actividades y servicios de la Administración).

En el presente procedimiento, se trata –según el contenido de la reclamación- de un caso de funcionamiento anormal del servicio público sanitario, concretada en la lesión iatrogénica con la pinza de tracción sobre la superficie del páncreas, al romper o seccionar el conducto de Wirsung que le ha producido diversos daños y secuelas.

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

Y es que en materia sanitaria, la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia

sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de *medios* y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto –se ha actuado conforme a la *lex artis ad hoc*–, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder por su incumplimiento.

### **Tercero**

#### **Sobre la concurrencia de los requisitos formales de la reclamación.**

En el caso que nos ocupa, y en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales, la reclamación ha sido presentada por Letrado con poder suficiente que actúa en defensa y representación de la perjudicada. La acción ha sido ejercida dentro del plazo del año, a contar desde la fecha en que, mediante Auto de 11 de mayo de 2005, se declaró firme la Sentencia de 2 de diciembre de 2004, que puso fin al proceso penal seguido para enjuiciar la posible criminalidad de las actuaciones médicas supuestamente causantes del daño, proceso que interrumpe el plazo de prescripción de la acción, que comenzó a contar desde la determinación del alcance de las secuelas (octubre de 2000), de acuerdo con el art. 142.5 LPC.

### **Cuarto**

#### **La responsabilidad de la Administración en el presente caso.**

Como reiterada y constantemente viene señalando este Consejo Consultivo al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente —conforme a la lógica y la experiencia— explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar.

Hemos explicado también 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.

Esta relación de causalidad en sentido estricto presenta inevitablemente una característica peculiar en el caso de la responsabilidad sanitaria, en la que es evidente que casi siempre concurrirá al menos una “causa” del resultado dañoso: el estado del paciente. Por eso, en este campo, el problema será 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. Si sucediere esto último, por más —incluso— que el tratamiento médico o la intervención quirúrgica se revelara objetivamente como inadecuada o incorrecta, en ningún caso podría haber responsabilidad patrimonial de la Administración.

La singularidad del presente caso estriba en la pluralidad de causas que han podido contribuir a la producción del daño y sobre cuya virtualidad dañosa discrepan la reclamante y la propuesta de resolución, como lo han hecho los distintos peritos médicos cuyas manifestaciones constan en el expediente.

-Como causa *remota* ha identificarse el “estado” de la reclamante, en grave riesgo por la ingestión accidental de un cuerpo extraño (cucharilla de café) alojado en su estómago, configurado naturalmente en una posición caída y desplazada.

-Como causas *próximas* cabe identificar, en primer lugar, la lesión iatrogénica producida con pinza de tracción sobre la superficie de la cabeza del páncreas en la intervención practicada en el Hospital *San Millán* de Logroño; en segundo lugar, los dos drenajes percutáneos realizados en el Hospital *Virgen de la Concha* de Zamora, para evacuación de líquidos; en tercer lugar, la colangiopancreatografía retrógrada endoscópica, practicada en el Hospital *Del Rio-Hortega* de Valladolid, que puso de manifiesto la sección del conducto de Wirsung; o finalmente, una pancreatitis evolucionada del paciente a resultas de la intervención inicial.

Esta pluralidad causal, conduce, en lógica consecuencia, a un régimen de imputación distinto en cada caso, al poder interferir o concurrir en ésta última, desde la propia víctima del daño (que en este caso excluimos, dado el carácter “accidental” del suceso), hasta dos Administraciones Públicas distintas (el SERIS y el Servicio de Salud de Castilla y León, sucesoras del INSALUD, entidad estatal gestora de la sanidad cuando se produjeron los hechos), razón por la que es imprescindible delimitar adecuadamente la relación de causalidad en sentido estricto.

Para el Letrado de la reclamante, la causa del daño no es otra que la lesión iatrogénica con la pinza de tracción sobre la superficie del páncreas, que seccionó el conducto de Wirsung, afirmación sostenida tanto en el escrito inicial como en el de alegaciones, valoración apoyada en las afirmaciones contenidas en el informe forense del Dr. S.C.. Para la propuesta de resolución, en cambio, el reclamante no ha acreditado que los daños producidos sean consecuencia de la intervención realizada en el Hospital *San Millán*, tal como sostienen otros informes periciales obrantes en el expediente y ha concluido la sentencia absolutoria penal.

Esta contrapuesta valoración del hecho causal, sin embargo, debe resolverse de conformidad con los hechos probados declarados en la Sentencia de 2 de diciembre de 2004, del Juzgado de lo Penal, núm. 2 de los de Logroño, que conoció de la denuncia

penal correspondiente. En efecto, dicha Sentencia, tras recoger en el Fundamento de Derecho Tercero las manifestaciones contrapuestas de los cinco peritos que han informado en el acto del juicio oral, concluye, en el Fundamento Jurídico Cuarto, que:

*“No queda plenamente evidenciada la secuencia causal que concluye en las lesiones y secuelas que presenta la paciente. Si bien no queda duda que la sección del conducto de Wirsung en cuerpo pancreático, que es la vía principal de drenaje del páncreas, es la que ha provocado la rotura pancreática con salida de líquido retrogástrico y en flanco izquierdo por delante del páncreas, determinando el diagnóstico final de pancreatitis aguda necrohemorrágica, plerisplenitis, hemorragia subcapsular esplénica y peritonitis por rotura del conducto de Wirsung, entre las causas de la rotura de este conducto se apuntan las manipulaciones quirúrgicas a las que fue sometida la paciente en su primera intervención, pero también la colangio-pancreatografía retrógrada endoscópica y la punción a las que fue sometida (técnicas intensamente agresivas e incluso desaconsejadas) y la propia pancreatitis que la paciente presentaba (pancreatitis evolucionada). A su vez, la pancreatitis pudo ser debida a la primera intervención quirúrgica (como riesgo de cualquier intervención abdominal), al pinzamiento provocado en esta primera intervención o, incluso, al deterioro que presentaba el páncreas por los no reconocidos hábitos de la paciente (cuestión respetuosamente soslayada por los Doctores)”.*

Constatadas estas circunstancias –razona la Sentencia- y teniendo en cuenta que la moderna doctrina sobre la culpa establece una distinción esencial entre culpa penal y culpa civil, exigiendo el tratamiento jurídico penal de la imprudencia de una estricta observancia de los principios que rigen el proceso penal y, por tanto, de la concluyente prueba de la efectiva omisión del deber de cuidado, rechazándose cualquier construcción objetiva o presuntiva de la culpa deducida del resultado, propia del ámbito civil, la Sentencia considera, respecto de la valoración de la actuación de los dos Doctores que realizaron la intervención quirúrgica en el Hospital *San Millán* que:

*“Solo podría ser imputada a los acusados, como negligentemente provocada, la lesión iatrogénica con la pinza sobre la superficie de la cabeza del páncreas. No cuestionada por ninguno de los Doctores deponentes la indicación de la operación quirúrgica a la que fue sometida la paciente, en función de la urgencia que representaba el tamaño del cuerpo extraño que presentaba, la lesión es calificada como ‘un accidente quirúrgico’ que se presenta como de causación humana y como concreción de un riesgo permitido y cuyas consecuencias fueron debidamente atajadas en el acto, sin atisbo de que existiera una mala praxis médica o al menos con una falta de indicios de que tal mala praxis existiera, partiendo de que la Medicina, como todas las disciplinas valorativas, es una ciencia inexacta en la que juegan numerosos factores imprevisibles que conllevan a múltiples riesgos en su ejercicio, considera que quedan extramuros de la responsabilidad, penal, para no cohibir su ejercicio y su lícita y necesaria expansión, cuantas conductas de sus profesionales se desarrollan dentro de la ‘lex artis’, o en aquellos principios esenciales que tienden a su normal desenvolvimiento (SSTS de 5 de julio de 1989, 12 de marzo de 1990, 4 de septiembre de 1991, 18 de noviembre de 1991 y 13 de noviembre de 1992)*

*Con todo ello, procede ser dictado pronunciamiento absolutorio, pues, en virtud del principio de presunción de inocencia, la ausencia de una prueba suficiente de cargo no puede conducir a una condena más benévola, sino, pura y simplemente, a la absolución (SSTS de 15 de febrero de 1988 y 6 de octubre de 1988)”.*

En conclusión, si la Sentencia considera que no ha existido una mala praxis médica en la actuación de los profesionales del SERIS, pese a calificar como “*accidente quirúrgico*” la lesión iatrogénica con la pinza sobre la superficie de la cabeza del páncreas, en cuanto “*riesgo permitido*”, ocurrido en el curso de la operación quirúrgica necesaria y urgente para extraer el cuerpo extraño del estómago que se había introducido, también, accidentalmente, la propia paciente, de acuerdo con nuestra reiterada doctrina, en línea con la jurisprudencia contencioso-administrativa, si la actuación se ajusta a la *lex artis*, -decimos- el daño no es indemnizable.

La Sentencia penal deja imprejuzgada la cuestión civil, pero, en el ámbito de la acción y jurisdicción civil, no podría ser otra la solución, ya que, con base en el criterio de culpabilidad ínsito en los arts. 1902 y ss. del Código civil, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia relativa a la responsabilidad médica en casos de medicina curativa, en dichos casos se requiere una prueba moralmente convincente de que los profesionales sanitarios intervinientes han empleado la diligencia debida y han actuado con arreglo a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, prueba que incumbe prestar, en estos casos, a los mismos profesionales en cuanto que peritos en una materia en la que no son exigibles conocimientos técnicos especiales a los afectados. Pero, así las cosas, en el presente caso y sin perjuicio de la complejidad inherente a la valoración de un expediente tan complejo y extenso como el que se nos ha remitido, este Consejo Consultivo entiende que, de una valoración conjunta del voluminoso material probatorio pericial obrante en dicho expediente, se desprende que el personal médico actuante ha probado haber intervenido con la diligencia exigible y con arreglo a los requerimientos de la *lex artis ad hoc*.

En conclusión, existe prueba suficiente de que se ha actuado con arreglo a la corrección pericial médica exigible, y, en consecuencia, el daño producido no es susceptible de indemnización. Y no lo es, no porque la paciente tenga el deber jurídico de soportarlo, dado que no hay norma alguna que, en materia sanitaria, imponga semejante deber a los pacientes, sino porque en materia sanitaria el funcionamiento del servicio público consiste en el cumplimiento por la Administración de un deber jurídico previo e individualizado respecto a *ese* paciente, que es correlativo al derecho de éste a la *protección de su salud y a la atención sanitaria* (cfr. art. 1.2 de la Ley General de Sanidad, que desarrolla los artículos 43 y concordantes de la Constitución).

Debemos así insistir en la doctrina general que antes hemos expuesto y que no es sino que, en materia sanitaria, la responsabilidad surge, no sin más por la existencia del daño, sino *del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente*, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios, y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto —se ha actuado conforme a la *lex artis ad hoc*—, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder por su incumplimiento.

En definitiva, en materia sanitaria, además de los criterios positivo y negativo de la imputación objetiva del daño a la Administración que con carácter general establece el ordenamiento, entra ineludiblemente en juego un *criterio específico*, que es el del cumplimiento o incumplimiento por los servicios médicos de esa obligación o deber jurídico preexistente puesto a su cargo, que, en la medicina curativa, es de medios y no de resultado: el cumplimiento de esa obligación —la actuación conforme a la *lex artis ad hoc*— impide imputar el daño a la Administración; su incumplimiento, en cambio, determina tal imputación.

De este modo, cuando tal obligación se ha cumplido, no es que el perjudicado tenga un específico deber jurídico de soportar el daño (como no lo tiene en el marco general del art. 1.902 Cc. cuando la conducta del dañante no ha sido negligente), sino que, simplemente, no puede imputar dicho daño a ningún sujeto por no concurrir el imprescindible criterio positivo de imputación que el ordenamiento siempre requiere para hacer nacer la responsabilidad y la consiguiente obligación de indemnizar aquél. En tales casos, el perjudicado se ve en la precisión de soportar el daño como consecuencia inevitable de la aplicación de las reglas contenidas en nuestro sistema de responsabilidad, pero no porque tenga —que no lo tiene— un específico deber jurídico de soportarlo: ello no es, en conclusión, resultado de la concurrencia del criterio negativo de imputación previsto en el artículo 141.1 LRJPAC, sino mero efecto reflejo de la no concurrencia de un ineludible criterio positivo de imputación.

Para no imputar el daño causado a D<sup>a</sup>. María del Carmen G.B. a la Administración sanitaria es suficiente con esta constatación judicial de la inexistencia de incumplimiento de la *lex artis* en los actos facultativos realizados en la intervención quirúrgica, pese al referido “*accidente quirúrgico*”, del que -por lo demás- se deja clara constancia en la historia clínica. Pero al margen de la trascendencia penal que esta valoración tiene, no existe, en el presente caso, incumplimiento de otras obligaciones que tenga la Administración sanitaria, y no juzgadas en el procedimiento penal: la de obtener el consentimiento informado del paciente; la de facilitar información a la interesada o a sus familiares del “*accidente quirúrgico*”; los cuidados y alta hospitalaria dentro de los protocolos y actuaciones propias de la *lex artis ad hoc*. Todos ellos han sido suficientemente cumplidos y constan acreditados, tanto en las actuaciones penales como en las administrativas, deducidas del historial clínico.

En efecto, se prestó el consentimiento informado (si bien en un documento, que en la fecha de los hechos, no reunía las garantías suficientes, práctica corregida en la actualidad); se informó debidamente a los familiares (primero a un tío de la paciente y a ésta misma, por estar sus padres de viaje hacia Logroño desde Zamora, su residencia habitual, y luego a su madre); el postoperatorio fue normal, administrándose la medicación adecuada para prevenir infecciones típicas de las intervenciones quirúrgicas del aparato digestivo, que constituyen un riesgo típico (entre ellas, la pancreatitis), y las constantes analíticas fueron las normales; se dio el alta a los siete días, por no existir

impedimento clínico alguno, trasladándose la paciente a Zamora, lugar de residencia habitual, donde fue atendida, sucesivamente, en sendos Hospitales del Servicio de Salud de Castilla y León, en los días inmediatos, como consecuencia de la evolución clínica de la paciente.

Por todo lo expuesto, ningún daño y secuela de los relatados, en consecuencia, puede imputarse al SERIS, pese a la evolución posterior y, en particular, a la pancreatitis evolutiva manifestada.

## **CONCLUSIÓN**

### **Única**

Los daños y secuelas sufridas por D<sup>a</sup> Maria del Carmen G.B. tras la intervención quirúrgica realizada en el Hospital *San Millán* de Logroño para la extracción de un cuerpo extraño alojado accidentalmente en su estómago, no son imputables al Servicio Riojano de Salud, pues no ha quedado acreditado que los Facultativos que intervinieron en la misma incumplieran las obligaciones derivadas de la *lex artis* aplicable al caso y, por el contrario, existe suficiente prueba en el expediente de que dicha *lex artis ad hoc* se ha observado en el presente caso. No existe, en consecuencia, relación de causalidad entre el daño producido y la actuación de la Administración sanitaria.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.