

En Logroño, a 25 de noviembre de 2011, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

77/11

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria presentada por D^a D.G.A., por daños y perjuicios, a su juicio, causados por no estar incluida en la cartera de servicios del SERIS la práctica de cesárea sin transfusión de sangre ni el traslado en ambulancia a otro Centro sanitario público tras el alta voluntaria y que cuantifica en 100.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

La expresada paciente, encontrándose en la semana 31 de gestación gemelar bicorial biamniótica, de evolución normal, fue remitida, desde la Fundación Hospital de Calahorra, al Servicio de Ginecología del Hospital *San Pedro*, para terminar el control de la gestación. Consta que la F.U.R era 27/04/2009 y la fecha probable de parto 31/01/2010.

El 03/12/2009 fue valorada en Consulta de Obstetricia de Alto Riesgo del Hospital *San Pedro*, realizando ecografía obstétrica, que constató gestación gemelar bicorial biamniótica, que correspondía con 32.6 y 32.0 semanas, con ambos fetos vivos con motilidades activas y latidos cardiacos positivos.

Segundo

El 05/01/2010, se realizó el control, en semana 36 de gestación, presentando en la ecografía pesos fetales aproximados de 3.050 y 3.100 gr., con uno de los fetos en posición podálica. Según el protocolo del Servicio, se decide finalización de gestación vía

abdominal, por presentación anómala del segundo gemelo. La paciente firma el documento de inclusión en lista de espera quirúrgica para la cesárea.

En esa misma fecha, la paciente presentó una solicitud de inscripción, en el Registro de Instrucciones Previas de La Rioja, del documento de Instrucciones previas, en el que se declaraba testigo de Jehová, disponiendo que no se le administrase, en ningún caso, transfusiones de sangre. Mediante Resolución de fecha 07/01/2010, desde la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones, se acordó la inscripción de dicho documento en el Registro de Instrucciones Previas.

Tercero

En el Hospital *San Pedro*, según informa el Jefe de Sección de Anestesia y Reanimación y según consta en el *Protocolo de actuación de cirugía para los testigos de Jehová*, dado que los pacientes que profesan esta religión se niegan a recibir transfusiones sanguíneas, sólo se realizan intervenciones quirúrgicas de bajo riesgo de sangrado y, por ello, la cesárea programada no se encuentra incluida. Sí lo está la cesárea de urgencia, pero, en ese caso, si fuera necesaria la administración de sangre y derivados, se pediría autorización al Juez de guardia.

La Ginecóloga que propuso a la paciente la realización de la cesárea programada parece ser que desconocía el *Protocolo de actuación de cirugía para los testigos de Jehová* y, por ello, citó a la paciente, el 11/01/2010, para valoración por el Servicio de Anestesia, a fin de practicarle dicha intervención.

Cuarto

El 11/01/2010, la paciente fue citada para valoración por el Servicio de Anestesia, firmando los consentimientos informados para cesárea programada y para anestesia general y locorregional y haciendo constar, en ambos, que no aceptaba transfusiones de sangre, pero sí otras alternativas ya descritas en las voluntades anticipadas, negándose a firmar el consentimiento para transfusión de hemocomponentes, pues, al ser testigo de Jehová, se niega a recibir transfusiones de sangre y hemoderivados por motivos religiosos.

El Jefe de Sección de Anestesia y Reanimación informa que, el 11/01/2010, al tener conocimiento el Servicio de Anestesia de la negativa de la paciente a recibir trasfusiones por ser testigo de Jehová, se puso en contacto con el Servicio de Ginecología para localizar a la paciente y advertirle de la imposibilidad de practicarle dicha intervención, siendo infructuosos los numerosos intentos de localizarla, por lo que se decidió esperar a la mañana siguiente para subsanar el malentendido.

Así también, informa que, a primera hora del 12/01/2010, la Anestésista del quirófano de cesáreas procedió a informar a la paciente de la situación, personándose igualmente él, como responsable del Servicio. Para buscar una solución rápida y segura, se realizó una reunión en las dependencias de la Dirección del Hospital en la que estaban presentes la propia Dirección médica, familiares de la paciente, otros miembros de la religión y él como representante del Servicio de Anestesiología. En la misma, se llegó a un acuerdo de buscar un Centro que aceptara la realización de la cesárea propuesta y realizar el traslado a la mayor brevedad posible.

Quinto

Como consta en las notas de evolución médica plasmadas por el Servicio de Ginecología, el 12/01/2010, la paciente ingresa, en semana 37 de gestación gemelar cefálica/podálica, para cesárea programada para ese día, negándose a firmar el consentimiento de transfusión sanguínea por ser testigo de Jehová.

Según se les informa al equipo de guardia, la intervención ha sido suspendida por no entrar en la cartera que se oferta la cirugía programada en este tipo de casos. Hablado con la Dirección hospitalaria, se les comunica que la opción que se oferta es intentar traslado a un Centro sanitario público que acepte y, mientras, permanecer ingresada.

A las 15:30, se comprueba, mediante test basal, ambos fetos reactivos y se pasa suero glucosado, por estar la paciente en ayunas y no desear ingesta. La paciente decide el alta voluntaria y firma el documento correspondiente.

En el documento de alta voluntaria firmado por la paciente a las 18:08h, en el que igualmente queda relatada la negativa de la paciente a la transfusión sanguínea si fuera necesaria, así como que no se incluye en la cartera de servicios del hospital la intervención programada en ese tipo de situaciones y la oferta a la paciente de posibilidad de ingreso en espera de encontrar un Centro público que asuma esos casos, la paciente hace constar que firma el alta porque le deniegan la solución de traslado que le han prometido.

Sexto

La Subdirectora quirúrgica del Hospital *San Pedro* informa que, desde la Dirección del Hospital, se llevaron a cabo gestiones para trasladar a la paciente a otro Centro sanitario de carácter público que pudiera llevar a cabo intervenciones sin sangre. Mientras se intentaba gestionar otro Centro, la paciente solicitó el alta voluntaria para irse a un hospital privado con el que ya tenía cita esa misma tarde. No se le pudo trasladar en ambulancia por no contemplar el concierto con las ambulancias el traslado ante un alta voluntaria.

El 12/01/2010, la paciente ingresó en el Hospital Q. de Zaragoza para ser intervenida, ese mismo día, de cesárea gemelar sin transfusión de sangre, naciendo sus dos hijos con éxito.

Séptimo

La paciente presenta reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, mediante escrito de fecha 11 de enero de 2011, presentado en el Registro General del Gobierno en La Rioja el 11 de enero de 2011, que tuvo entrada en el Registro de la Consejería el 13 de enero de 2011, en la que solicita una indemnización por los daños y perjuicios que entiende se le han causado como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital *San Pedro* de Logroño. En concreto, imputa a la Administración un *“negligente y vejatorio proceder del Servicio Riojano de Salud”* y concluye que la reclamante debe ser indemnizada *“en la cantidad de cien mil euros (100.000), por los perjuicios, secuelas y daños morales que se le ocasionaron como consecuencia de este lamentable episodio, que vulnera las más elementales normas de humanidad”*.

Octavo

Seguido el expediente en todos sus trámites, con fecha 17 de octubre de 2011, la Instructora formula la Propuesta de resolución, en el sentido de desestimar la reclamación.

La Dirección General de los Servicios Jurídicos se muestra conforme con la Propuesta de resolución en su informe, emitido el 20 de julio de 2011.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 27 de octubre de 2011, registrado de entrada en este Consejo el 7 de noviembre de 2011, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales 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 8 de noviembre de 2011, registrado de salida el 8 de noviembre de 2011, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

Es preceptiva la emisión del presente dictamen conforme a lo dispuesto en el artículo 11 G) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción del mismo por la Ley 5/2008, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2009, por ser la cuantía de la reclamación superior a 6000 euros, en concordancia con el cual ha de ser interpretado el artículo 12 G) del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de este Consejo Consultivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Segundo

Los requisitos o presupuestos de la responsabilidad de la Administración

Dada la aparente complejidad del asunto sometido a nuestra consideración, lo primero que resulta necesario es volver a recordar los requisitos o presupuestos en todo caso exigibles para que nazca la responsabilidad por daños imputables al funcionamiento del servicio público sanitario, que son los siguientes:

A) En primer lugar, que la reclamante haya sufrido unos *daños y perjuicios* que, en abstracto, sean susceptibles de generar una pretensión indemnizatoria dirigida contra la Administración por estar amparada en el régimen jurídico de la responsabilidad de ésta.

B) La existencia de una *relación de causalidad en sentido estricto* entre el daño probado cuya indemnización se reclama y la actuación, en este caso, del Servicio Riojano de Salud.

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, tras constatar la existencia del daño, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente —conforme a la lógica y la experiencia— explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Hemos explicado también, y volvemos a insistir en ello, que, para detectar tales causas, el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Ahora bien, el análisis de la relación de causalidad en sentido estricto puede perfectamente hacer explicable el resultado dañoso, no por una sola *causa*, sino por varias *concausas concurrentes*. A partir de ahí, conforme a la doctrina de la *condicio sine qua non*, todas ellas pueden constituir una condición empírica antecedente sin cuya concurrencia el resultado dañoso, en su configuración totalmente concreta, no habría tenido lugar; pero pueden también cada una de ellas explicar parte de los daños, siendo los demás imputables, atendiendo a un análisis racional de la relación de causalidad en sentido estricto, a otra u otras causas o, incluso, explicar una sola de éstas el resultado dañoso de modo exclusivo o suficiente.

C) Por último, demostrada la relación de causalidad en sentido estricto que vincula el daño al actuar administrativo, el último presupuesto que permite afirmar la responsabilidad de la Administración es la concurrencia de un *criterio jurídico de imputación* a ésta del daño sufrido y probado por el reclamante.

Pues bien, como hemos explicado ya reiteradamente en otros dictámenes, en el ámbito sanitario lo normal es que la conducta de los Facultativos a la que debe estar ligado el daño no participe del criterio objetivo que con carácter general establece para la responsabilidad patrimonial de la Administración la LPAC, sino que tiene un carácter

específico, por tener la responsabilidad su origen, no en un daño que deriva del funcionamiento normal o anormal de la Administración, o sea, de un deber abstracto de ésta con destinatarios genéricos, sino en un daño efectivo que nace del incumplimiento por ésta de una específica *obligación de hacer* de la que es acreedor el paciente que tiene derecho, no sólo a una genérica y abstracta *atención sanitaria*, sino a las prestaciones concretas que en su caso requiera ésta. De hecho, esto es lo que explica que coincidan la doctrina y la jurisprudencia en afirmar que *tal obligación es de medios y no de resultado*, por lo que en los casos de urgencia sólo se incumple aquélla, con la responsabilidad consiguiente, cuando la conducta de prestación del servicio por los facultativos no resulta conforme con la *lex artis ad hoc*.

Por supuesto, en la valoración de si la actuación de los Facultativos ha sido o no conforme con la *lex artis ad hoc* deben incluirse las modulaciones que a su conducta implica la necesidad de respetar los derechos fundamentales, incluyendo el de libertad religiosa, que es el que justifica la existencia de un *Protocolo de actuación de cirugía para los testigos de Jehová* y la convicción de éstos contraria a las transfusiones de sangre.

Sin embargo, el criterio general anterior no excluye que, habiendo sido la actuación de los Facultativos conforme en su resultado final con la *lex artis ad hoc* requerida por el respeto a la libertad religiosa de los pacientes, no impide que sea posible imputar a la Administración sanitaria concretos daños causados por una actuación, si no disconforme con aquélla considerada en abstracto, sí valorada en concreto.

Desde este punto de vista, no puede ni debe olvidarse que la naturaleza obligacional de las prestaciones sanitarias no obliga únicamente a los Facultativos a poner los *medios* que sean conformes en abstracto con la *lex artis*, sino también a atender al contenido de la obligación modulada jurídicamente, en su caso, por el obligado respeto al principio y derecho constitucional de libertad religiosa, especialmente cuando –como ocurre en este caso– existen instrumentos, como el *Protocolo de actuación de cirugía para los testigos de Jehová*, que atienden a la seguridad jurídica y que es necesario respetar en la atención sanitaria dispensada. De hecho, puede y debe concluirse que la vulneración o el desconocimiento de dichos instrumentos, con independencia de la actuación médica de los Facultativos, puede generar, con aplicación de las reglas generales, responsabilidad de la Administración por el funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Tercero

Análisis de la eventual responsabilidad del Servicio Riojano de Salud

Pues bien, en el caso sometido a nuestro dictamen, la paciente estima, atendiendo a los términos de su reclamación, que existe responsabilidad de la Administración sanitaria riojana por serle a ésta imputables los daños y perjuicios personales y morales que estima indemnizables. En efecto, de acuerdo con los términos en que está redactada la reclamación, los cien mil euros solicitados constituyen una indemnización de “*los perjuicios, secuelas y daños morales*” que, al decir del escrito, son “*consecuencia*” del “*lamentable episodio, que vulnera las más elementales reglas de humanidad*”, que es el que la interesada considera imputable al Servicio Riojano de Salud y, por tanto, generador de la responsabilidad de éste.

A partir de ahí, la imprecisión con que se manifiesta el escrito de reclamación nos obliga necesariamente a determinar los hechos dañosos que, en esta hipótesis, pueden estar ligados por la necesaria relación de causalidad en sentido estricto a la Administración sanitaria de La Rioja y ser imputables a ésta y, por tanto, generadores para ella de responsabilidad patrimonial.

En este sentido, a nuestro juicio, los hechos relevantes son que, el 5 de enero de 2010, ya quedó acreditada la posición podálica de uno de los fetos, decidiéndose la finalización de la gestación por vía abdominal, firmando la paciente el documento de inclusión en lista de espera quirúrgica para la cesárea y presentando ésta, en la misma fecha, el documento de Instrucciones previas en el que se declaraba testigo de Jehová y disponía que no se le practicasen, en ningún caso, transfusiones de sangre. De hecho, mediante Resolución de fecha 7 de enero –o sea, dos días más tarde–, la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones acordó la inscripción de dicho documento en el Registro de Instrucciones Previas.

Pues bien, a partir de ahí, la cita a la paciente por el Servicio de Ginecología para que fuera valorada por el de Anestesia el 11 de enero se hizo desconociendo el *Protocolo de actuación de cirugía para los testigos de Jehová* y lo ya inscrito en el Registro de Instrucciones Previas.

En la asistencia de esa fecha por el Servicio de Anestesia, la paciente se negó a firmar el consentimiento para transfusión de sangre, lo cual fue valorado por el Jefe de Sección de Anestesia y Reanimación, cuando no era ya posible informar a la paciente de que no podía tener lugar la cesárea para la que estaba citada por el Servicio de Ginecología a primera hora del día siguiente, 12 de enero. Al acudir la embarazada a esta cita, hubo de ser informada oralmente por los Anestelistas llegándose al acuerdo de buscar un Centro que aceptara la realización de la cesárea propuesta y realizar el traslado, previo ingreso, a la mayor brevedad posible; y, finalmente, a las 18:08 horas del mismo día 12 de enero de 2010, decide firmar el alta, lo que no le impidió ingresar, el mismo día, en el Hospital Q. de Zaragoza para ser intervenida, en esa misma fecha (así resulta del documento número 6 aportado con la reclamación), de cesárea gemelar sin transfusión de sangre, naciendo sus dos hijos con éxito.

En consecuencia, a juicio de este Consejo Consultivo, la reclamación de la paciente ha de ser parcialmente estimada por concurrir los presupuestos o requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal y ser éste generador de los daños morales que le causó el desconocimiento por los Facultativos de lo que, desde el 7 de enero de 2010, ya constaba inscrito en el Registro de Instrucciones Previas. Esto, en efecto, no evitó –como debiera haberlo hecho– la cita para el día 11 de enero ni la, más relevante, para el 12 de enero, a fin de practicar la cesárea, que hubo de suspenderse, lo que razonablemente ha de estimarse que provocó en la paciente ansiedad y daños morales, pues sólo esta situación psicológica explica que tomara la decisión de pedir el alta y de que la cesárea se practicara en la misma fecha –y con éxito– en un Centro privado de Zaragoza.

En definitiva, pues, a juicio de este Consejo Consultivo deben tenerse por acreditados los daños morales, la relación de causalidad existente entre estos y el actuar administrativo y la imputación jurídica de aquéllos al funcionamiento anormal del Servicio Riojano de Salud.

No obstante, esta conclusión no puede sino hacerse compatible con la circunstancia de que la decisión de no acudir a un Centro público para la realización de la cesárea sin recurrir a transferencia alguna de sangre y, por tanto, con respeto a la libertad religiosa y al *Protocolo de actuación de cirugía para los testigos de Jehová*, fue tomada por la propia paciente y su entorno familiar el mismo día en que se ofreció esa alternativa. De hecho, en modo alguno resulta o cabe inferir del expediente que la práctica de la cesárea presentara tan notoria urgencia y que fuera imprudente la solución, consentida por la paciente, de quedar ingresada algún día más en el Hospital *San Pedro* hasta su traslado a otro Centro sanitario público que tuviera los medios para asegurar la práctica de la cesárea sin recurrir, en caso de necesidad, a la transfusión de sangre.

En consecuencia, los pagos hechos al Centro privado y otros eventuales perjuicios distintos de los morales a que nos acabamos de referir –de los que deben excluirse, por falta de prueba, los comentarios poco respetuosos con la libertad religiosa que el escrito de reclamación imputa al personal sanitario del Hospital *San Pedro*– son imputables a la conducta y decisiones libremente adoptadas por la paciente y no a los Facultativos ni al funcionamiento del Servicio Riojano de Salud.

Por lo demás, en cuanto a los daños morales que este Consejo Consultivo considera indemnizables, dada su entidad y escasa duración temporal, estimamos prudente y razonable valorarlos para su indemnización en la cantidad de 6.000 euros.

CONCLUSIONES

Primera

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

Segunda

La cuantía de la indemnización debe fijarse en la cantidad de 6.000 euros, cuyo pago ha de hacerse en dinero, con cargo a la partida que corresponda de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero