

Dictamen n^o: **85/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.03.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 16 de marzo de 2011 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, promovido por M.M.S., en adelante “*el reclamante*”, por los daños ocasionados como consecuencia de la realización de una colonoscopia, que le produjeron una perforación de colon y peritonitis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 11 de febrero de 2010, el reclamante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la realización de una colonoscopia que le ocasionó una perforación del colon y posterior peritonitis. Solicita por ello, una indemnización por importe de 24.225,88 euros.

La Historia Clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El reclamante, de 49 años de edad a la fecha de los hechos y con obesidad mórbida (Índice Masa Corporal del 43%, con 130 kgrs. de peso y 170 cms. de talla), acudió el 8 de enero de 2009 a una consulta del Servicio de Digestivo del Hospital del Sureste de Arganda (Madrid), por presentar rectorragias. Se le recomienda la realización de una colonoscopia

para la extracción de un pólipo, que es practicada el 24 de febrero de 2009 en el Hospital, extrayendo el pólipo y colocándose un clip. El diagnóstico fue de “*pólipo pediculado de colón Ido. Clip y polipectomía. Hemorroides internas*”.

Al día siguiente acude al servicio de Urgencias del mismo Hospital, donde se aprecia que había sufrido una perforación de colon. Fue intervenido el 26 de febrero, previa firma del consentimiento informado, y permanece ingresado hasta el 8 de marzo de 2009, dándosele de alta con una colostomía de descarga.

Posteriormente, fue intervenido de nuevo para cerrar la colostomía (el 30 de marzo de 2009), y se aprecia que hay un hundimiento y retracción de la colostomía, con la aparición de una fístula, permaneciendo ingresado hasta el 13 de mayo de 2009.

Es dado de alta el 13 de Mayo de 2009, realizándosele revisiones periódicas hasta el mes de diciembre de 2009, en el que se le dio el alta definitiva.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por el Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

De conformidad con el artículo 10.1 del precitado reglamento se ha emitido informe del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo, en el que se declara que:

“En el punto Segundo aclararnos que tras la intervención de Hatmann en los pacientes obesos pueden aparecer complicaciones frecuentes como infección de herida, necrosis de colostomía u otras de mayor entidad como tromboembolismo pulmonar pese al tratamiento médico que se instaure. Es una intervención quirúrgica de gran entidad que tiene incluso mortalidad. Es cierto que aparece como complicación la necrosis pero solo de la parte superior de la colostomía y nunca de toda ella porque hubiera obligado a nueva intervención de urgencia ese mismo día. Por eso se realizó un seguimiento estrecho. Se decidió reintervenir al paciente para reconstruir el tránsito intestinal puesto que sus condiciones lo permitían después de más de un mes de la cirugía inicial.

En el punto tercero, el demandante alega que presentó una fístula intestinal, complicación expuesta previamente en el consentimiento informado y que el paciente aceptó. Se resolvió con medidas conservadoras mediante nutrición parenteral que es como hay que tratar las fístulas que no provocan un cuadro peritoneal severo sino un cuadro totalmente subclínico controlado con drenajes y sin repercusión importante en el paciente, evitándose así una tercera intervención.

En el punto cuarto de la reclamación, el demandante alega que la peritonitis producida por la perforación de colon por la colonoscopia realizada el 24 de febrero es una actuación iatrogénica del cirujano que le opera, siendo esto falso e imposible, pues la colonoscopia no es realizada por un cirujano, sino por un especialista de medicina del Aparato Digestivo. Además son personas distintas las que operan de las que realizan la endoscopia, tanto es así que pertenecen a servicios distintos en todos los hospitales. Por tanto, un cirujano nunca puede causar una perforación en una colonoscopia porque simplemente no la realiza”.

Asimismo, la Inspección Sanitaria ha emitido informe el 4 de junio de 2010 en el que concluye que *“lamentablemente el paciente sufrió diversas*

complicaciones tras la realización de una colonoscopia, lo que era un riesgo infrecuente pero asumido según el consentimiento informado que firmo. Las complicaciones posteriores, como la fístula y el hundimiento de la colostomía pudieron ser agravadas por la obesidad mórbida del paciente sin que supongan en ningún caso una actuación negligente de los profesionales”.

Tras la emisión de dichos informes se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia a la reclamante, en fecha 13 de septiembre de 2010, presentando escrito el día 28 siguiente, en el que alega, en síntesis, que la perforación de colon es un resultado anormal de la colonoscopia, que la firma del consentimiento informado no exime totalmente a la Administración del daño, y que la perforación se produjo por una grapa metálica, que no fue retirada.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 25 de octubre de 2010, la cual fue informada favorablemente por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 4 de febrero de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 8 de febrero de 2011, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 marzo de 2011.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros (23.031,56 euros) y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Público de Salud.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*. En el caso objeto del presente dictamen la colonoscopia se practicó el 24 de febrero de 2009, y tras ocasionarse una perforación intestinal fue intervenido el 26 de febrero de 2009, colocándole una colostomía de descarga, siendo dado de alta el 8 de marzo de 2009. Para cerrar la colostomía es reintervenido el 30 de marzo de 2009, siendo dado

de alta el 13 de mayo de 2009, por lo que habiéndose interpuesto la reclamación el 11 de febrero de 2010 se entiende efectuada en plazo.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por las Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Se ha cumplimentado adecuadamente el procedimiento al haberse solicitado la emisión de informe a los servicios médicos supuestamente responsables del daño ocasionado cumplimentando lo dispuesto en el artículo 10.1 del Reglamento, así como al haberse dado trámite de audiencia al reclamante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del precitado Reglamento.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al Director General del Servicio Madrileño de Salud según

el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

CUARTA.- Entrando en el análisis de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, 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.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso n° 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el

funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- El reclamante denuncia en su escrito que como consecuencia de la deficiente realización de la colonoscopia realizada el 24 de febrero de 2009 sufrió una perforación intestinal, por lo que tuvo que ser reintervenido en dos ocasiones más. Dichos hechos han quedado acreditados por la historia clínica del reclamante incorporada al expediente.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y de 23 de febrero de 2009 (Recurso nº 7840/2004) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38 , apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el*

momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), señala: *"lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis".*

Señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente".* Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

Resulta necesario examinar si concurre el requisito del nexo causal entre la actuación administrativa y el daño por el que se reclama indemnización a fin de que sea efectiva la responsabilidad objetiva de la Administración.

Conforme a reiterada jurisprudencia, la acreditación de que existió mala praxis médica corresponde a los reclamantes –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, salvo la concurrencia de la fuerza mayor o la existencia de dolo o negligencia de la víctima que corresponde probar a la

Administración. Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha admitido la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (Recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre de 2007 (Recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2008 (Recurso nº 3800/04).

El reclamante se limita a manifestar que como consecuencia de la asistencia sanitaria defectuosa dispensada por el Hospital del Sureste tuvo que ser reintervenido quirúrgicamente. Denuncia que en la colonoscopia practicada le dejaron una grapa que fue lo que ocasionó la perforación intestinal.

Ello no obstante, un análisis de los informes médicos que obran en el expediente, así como de la historia clínica, permiten concluir que no se aprecia vulneración de la *lex artis*.

Señala el informe de la Inspección médica que *“en la realización de colonoscopia existe la posibilidad de aparición de perforaciones como complicación grave así como peritonitis, y neumoperitoneo, tal como se recoge en el consentimiento informado que esta firmado por el medico y el paciente el 8 de enero de 2009 por lo que la aparición de esta complicación no presupone una actuación de mala praxis sino una complicación posible y asumida, máxime como en este caso que se interviene quitándole un pólipo y poniéndole un clip. Es verdad que esta complicación es bastante infrecuente pues ocurre en proporción 1/1400 en las colonoscopias diagnosticas y 1/ 1000 en las colonoscopias que se hacen, como en este caso algún tratamiento”*. En cuanto a si la colocación del clip pueden ser el desencadenante de la perforación no parece que tenga relevancia a los presentes efectos, pues como señala el informe de la Inspección médica *“es posible que fuera el clip, para evitar la hemorragia lo que produjo esa perforación, pero en modo alguno que se produjera la*

perforación es un sinónimo de mala praxis o impericia del profesional que realizó la prueba”.

A la vista de dichos informes puede concluirse que a pesar del empleo de la diligencia debida en la práctica de las colonoscopías puede tener lugar una perforación intestinal. El daño no se considera antijurídico cuando habiéndose procedido conforme a la “*lex artis*”, existe la aceptación expresa del paciente o enfermo, en el llamado consentimiento informado. En los casos de actividad administrativa de prestación ésta se asume voluntariamente, y se debe soportar su posible efecto adverso. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio (recurso 4415/04) y 1 de febrero de 2008 (recurso 2033/03), que señalan que el defecto de consentimiento informado se considera un incumplimiento de la *lex artis* y, por consiguiente existiría un daño producido por el funcionamiento anormal del servicio público, matizado en el sentido de que exista relación de causalidad entre daño y actividad sanitaria.

El consentimiento informado se regula en los artículos 8 a 13 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en cuyo artículo 8 dispone que “*toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que reciba la información prevista en el artículo 4 (finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias), haya valorado las opciones propias del caso*”.

En cuanto al ámbito del consentimiento informado la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 2005 (Recurso nº 6620/2001), en relación con el consentimiento informado explica que: “*El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección ó el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo,*

olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada (...). Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica”.

El paciente otorgó su consentimiento con la firma del documento previo a la intervención, el 8 de enero de 2009, en los términos que prevé el artículo 10 de la precitada Ley 41/2002, de 14 de noviembre. En dicho documento se admite como riesgos posibles “*la perforación intestinal, la infección, el neumoperitoneo y la peritonitis*”. En efecto, las intervenciones quirúrgicas no están exentas de riesgos, y a pesar de que se realice una actuación médica conforme con el principio de la *lex artis*, pueden surgir complicaciones como la acaecida, y así se hace constar expresamente en el documento de consentimiento informado. Por ello, el paciente, después de entender que los beneficios de la intervención son estadísticamente muy superiores a los riesgos, con la firma del consentimiento informado, asumía y aceptaba expresamente los riesgos de la misma.

En definitiva no se aprecia que concurra el requisito de la antijuricidad del daño, razón por la cual procede desestimar la reclamación.

Ello sin perjuicio de que, tal y como advierte el informe de la inspección, pero que el reclamante no denuncia, se aprecia una vulneración de la normativa reguladora del consentimiento informado. En efecto, tras la subsanación de la perforación del colón le tuvieron que dejar una colostomía de descarga durante algún tiempo que padeció una fístula. Esta complicación, según el informe del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo, es frecuente en pacientes obesos pero que estaba contemplada en el consentimiento informado. Sin embargo, no obra en la historia clínica dicho consentimiento. Al respecto manifiesta la Inspección:

“Le intervienen de nuevo para cerrar la colostomía el 30 de marzo de 2009 y se aprecia que hay un hundimiento y retracción de la colostomía y la aparición de una fístula por lo que permanece ingresado hasta el día 13 de mayo de 2009, hay que tener en cuenta que se trata de un paciente con obesidad mórbida (IMC del 43% 9 con 130 kgr de peso y 170 de talla) y en estos pacientes es sabido que pueden aparecer complicaciones de este tipo. La aparición de la retracción de la colostomía y las fístulas no presupone una actuación de mal praxis, en esta segunda intervención no se ha acompañado el consentimiento informado de la misma, pese a citar que existe por el cirujano, y que esta firmado por el paciente lo que no presupone que no se le de información, solo que no se dispone de ese documento. (...) No se ha aportado el consentimiento informado de la segunda intervención abierta a pesar de que se cita en el informe del cirujano”.

Sin embargo, el reclamante no aduce nada al respecto, máxime cuando en el trámite de audiencia ha tenido la oportunidad de revisar el expediente y de analizar los argumentos de la inspección médica. Por lo que, no habiendo sido objeto de denuncia dicha falta de consentimiento informado no puede ser objeto de valoración en el presente procedimiento. Este ha sido el parecer del presente Consejo en supuestos similares, por todos *vid.* Dictamen 66/11.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por los servicios

sanitarios del Hospital del Sureste debe ser desestimada por no apreciarse el requisito de la antijuricidad.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 16 de marzo de 2011

