

Dictamen n.º: **604/23**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.11.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión 16 de noviembre de 2023, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la consejera de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. por los daños y perjuicios sufridos tras la realización de una colonoscopia en el Hospital Universitario Ramón y Cajal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de diciembre de 2020, la persona citada en el encabezamiento presenta en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que relata que el día 26 de noviembre de 2019 se había sometido a una colonoscopia en el Hospital Universitario Ramón y Cajal. Refiere que al despertar de la sedación sintió mucho dolor, se le administró un calmante, ante la insistencia del paciente, y recibió el alta hospitalaria, a pesar de que seguía padeciendo dolor.

El interesado continúa relatando que, tras el alta, siguió con dolor y tuvo que acudir en diversas ocasiones a Atención Primaria por dolores abdominales, donde le pautaron diferentes analgésicos, hasta que acudió

a Urgencias del Hospital Universitario del Sureste y fue intervenido de urgencia por peritonitis purulenta generalizada de cavidad, perforación en sigma hasta meso parcialmente contenida, se realizó lavado abundante de cavidad, sigmoidectomía y colostomía terminal.

El reclamante refiere que a la fecha de presentación de la reclamación se encuentra pendiente de la reconstrucción del tránsito y reparación de pared abdominal, circunstancia que le impide la valoración del daño.

La reclamación se acompaña de diversa documentación médica (folios 1 a 26 del expediente).

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente dictamen:

El paciente, de 56 años de edad en el momento de los hechos, y antecedentes de ansiedad, síndrome de apnea del sueño en tratamiento, dislipemia, glaucoma, hipertensión arterial, valvulopatía aortica calcificada y hábito tabáquico, acude el 18 de octubre de 2019 a su médico de Atención Primaria al Centro de Salud La Paz por dolor abdominal.

El 21 de octubre de 2019 acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Ramón y Cajal remitido por el médico de Atención Primaria por dolor abdominal de 2-3 meses de evolución, localizado en ambas fosas iliacas, alteración del ritmo intestinal, rectorragia ocasional al final de la deposición y pérdida de peso de 6-7 kg. Se realiza exploración física en la que no presenta signos de irritación peritoneal, abdomen blando y depresible, doloroso a la palpación profunda en fosa iliaca izquierda, sin masas ni megalias. También se realiza analítica sin signos de anemia, posible hemoconcentración por deshidratación, alteración inespecífica de perfil hepático. El diagnóstico es de estreñimiento a estudio y recibe alta con tratamiento de Plantabén y abundante ingesta

hídrica, seguimiento por su médico de Atención Primaria, realizar una colonoscopia y regresar a Urgencias en caso de empeoramiento o aparición de síntomas de alarma explicados (folios 34 y 35).

El 31 de octubre de 2019, el médico de Atención Primaria del Centro de Salud La Paz le prescribe Buscapina (folio 28).

El 14 de noviembre de 2019, el reclamante acude a consulta de Atención Primaria para que el médico le entregue sobres para la preparación de la colonoscopia e información y se le entrega el documento de consentimiento informado (folio 28).

El 26 de noviembre de 2019, previa firma del documento de consentimiento informado se realiza la colonoscopia, sin incidencias (folios 44 y 45). El paciente antes de la intervención tenía preparación previa y dolor leve en hipogástrico de varios días de evolución por lo que se aumentó la dosis de los fármacos para inducir la sedación. Se procedió a realizar la colonoscopia hasta ciego que objetivó diverticulosis en sigma, colitis peridiverticular y dos pólipos que se extirpan. Al finalizar la exploración fue observado en sala de recuperación, presentó agitación psicomotriz y dolor abdominal en hipogastrio. Constantes vitales dentro de la normalidad. Se le administró Nolotil intravenoso, con mejoría sintomática. Se explica al paciente que ante recurrencia u otros datos de alarma, acuda de nuevo a Urgencias para realización de pruebas complementarias. Recibe el alta hospitalaria.

El 2 de diciembre de 2019, el interesado acude al médico de Atención Primaria. Se le prescribe Buscapina.

El 16 de diciembre de 2019, el reclamante es visto en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario del Sureste por dolor abdominal importante. Se anota que ha acudido en varias ocasiones al médico de Atención Primaria por dolor abdominal, pautándose analgesia sin

mejoría, motivo por el que acude a Urgencias. Se realiza exploración física, analítica, Rx de tórax y abdomen y TAC abdominopélvico en el que se objetiva dilatación de asas de intestino delgado de predominio yeyunal. Líquido libre intraabdominal con leve realce peritoneal de predominio parietal. Imagen de colección con realce periférico en la región recto sigmoidea con engrosamiento parietal del sigma que presenta imágenes diverticulares pero sin signos de diverticulitis. Resto del marco cólico colapsado.

Con juicio clínico de perforación de colon sigmoide se decide laparotomía urgente por sospecha de perforación iatrogénica.

En quirófano se objetiva perforación en sigma con peritonitis purulenta generalizada. Se realiza lavado abundante de cavidad, sigmoidectomía y colostomía terminal. Se deja drenaje Blake. En el estudio anatomopatológico se confirma perforación del sigma.

El paciente permanece ingresado tres días en UCI y con evolución favorable, manteniendo estabilidad clínica y hemodinámica ingresa en planta de Cirugía General y Digestiva donde permanece hasta el 30 de diciembre de 2019 que recibe el alta domiciliaria, con buena tolerancia y heridas quirúrgicas en buen estado.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del paciente del Hospital Universitario Ramón y Cajal, del Centro de Salud La Paz y del Hospital Universitario del Sureste.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.1 de la LPAC, se ha incorporado al expediente un informe de 13 de enero de 2021 elaborado

por el Servicio de Gastroenterología del Hospital Universitario Ramón y Cajal en el que se describe la asistencia sanitaria dispensada al paciente cuando acudió de forma programada el 26 de noviembre de 2019 al Servicio de Gastroenterología a realizarse una colonoscopia que había sido solicitada por su médico de Atención Primaria, por cambio de ritmo intestinal, en la que se objetivó diverticulosis en sigma con leves cambios inflamatorios a ese nivel y dos pólipos. El primero en colon ascendente de 5 mm resecado con asa fría y el segundo en sigma de 7 mm resecado con asa de diatermia. Según explica el informe, al término de la exploración y mientras era observado en la sala de recuperación, el paciente presentó agitación psicomotriz y dolor abdominal hipogástrico de características similares al referido antes de la colonoscopia. En la exploración existía dolor a la palpación profunda en hipogastrio y ambas fosas iliacas, sin signos de irritación peritoneal. El informe refiere que se le administró metamizol por vía intravenosa y presentó mejoría del dolor por lo que se procedió al alta, recomendándole por escrito acudir a Urgencias en caso de reaparición del dolor abdominal.

Con fecha 30 de marzo de 2022 emite informe la Inspección Sanitaria que tras relacionar y valorar los hechos considera que *“parece claro que se produjo una perforación iatrogénica dada la descripción de la anatomía patológica de la pieza en el Hospital del Sureste (...)”*. Señala la Inspección Sanitaria que la aparición de una perforación tras la realización de una colonoscopia es posible, y más frecuente, cuando se ha extirpado un pólipo, como ocurrió en este caso, por lo que lo ocurrido *“es la materialización de un riesgo posible y asumido previamente a la intervención”*.

Considera también que, *“ante la situación previa y posterior a la colonoscopia de dolor intenso se podría haber incrementado el control incluso dando cita para una visita reglada días después a digestivo o visita reglada a urgencias o se podía haber enviado una alerta al médico*

de familia para que se incremente la vigilancia a este paciente, es posible que con esa precaución se podrían haber minimizado las graves consecuencias que la lesión ha tenido para este paciente". El informe añade que "también se podría haber contactado para que el médico de familia hubiera realizado de forma reglada esta vigilancia, pero no consta que desde atención primaria lo hayan hecho y tan solo consta que hay una visita el día 2 en el que le prescriben buscapina pero sin ninguna referencia a la situación clínica del paciente ese día". Además, incide en que "no es ningún signo de malpraxis que se produzca una perforación al realizar una colonoscopia, de hecho, en la bibliografía aportada se recoge que en estudios aportados la perforación se da en el 0,15% de las colonoscopias. Quizá si lo es que no se haga un seguimiento más completo en un paciente con dolor previo y posterior a la prueba como es en este caso".

Por todo ello concluye:

1.- El paciente tenía una situación previa de cambio de ritmo intestinal, lo que recomendó realizarle una colonoscopia en el Hospital Ramón y Cajal. Un mes antes de realizarle la colonoscopia acudió a Urgencias y le confirmaron que podría hacerse la colonoscopia.

2º.- En la realización de la colonoscopia el 26 de noviembre de 2019 el paciente estaba bien preparado, pero tuvo dolor intenso antes y después de la prueba lo que llevo a aumentarle la sedación y la analgesia y recomendarle que en caso de problemas acudiera a Urgencias lo que consideramos un control correcto, pero quizá insuficiente en un caso atípico como este.

3º.- El consentimiento informado lo firmó ante su médico de familia.

4º.- Es atípico, por poco frecuente, que no se detectara la perforación en fecha más próxima a la colonoscopia, por lo que cabría la remota posibilidad de un origen diferente de la perforación.

5°.- No aparece anotado ningún seguimiento en Atención Primaria con posterioridad a la intervención, solo que le prescriben un analgésico Buscapina el día 2 de diciembre (6 días después de la intervención). No aparece ninguna visita a Urgencias tal como le recomendaron si complicación.

6°.- La actuación del hospital del sureste es adecuada y salvó la vida del paciente, pero dejando una colostomía tras realizar un Hartman, demostrando en la anatomía patológica de la pieza del colon extirpado la perforación intestinal. Se reconstruye el tránsito año y medio después el 19 de agosto de 2021 resolviéndose la situación y realizándole también una colecistectomía.

Por todo ello consideramos que aun cuando finalmente se resolvió felizmente la situación del paciente reconstruyendo el tránsito intestinal en agosto de 2021 (año y medio después de realizarse la colonoscopia), el seguimiento posterior de las complicaciones tras la realización de la colonoscopia pudiera haber sido más precoz y cuidadoso si el paciente hubiera seguido los consejos que por escrito le dieron de acudir a Urgencias tras las complicaciones cosa que el no hizo y es de su absoluta responsabilidad. Por otra parte, quizá habría cambiado la evolución de los hechos si tras la situación dolorosa previa y posterior a la realización de la colonoscopia el Servicio de Digestivo hubiera pautado alguna medida reglada o adicional de control lo que está dentro de la *lex artis del ejercicio profesional*”.

El informe de la Inspección Sanitaria se acompaña del documento de consentimiento informado para colonoscopia fechado el 11 de octubre de 2019, entregado en el Centro de Salud Aquitania (folios 105 a 107) y que figura firmado por el paciente y el médico de Atención Primaria en el folio 45. En dicho documento se describe el procedimiento, sus objetivos y beneficios, las consecuencias de la intervención, los riesgos y alternativas.

El 14 de noviembre de 2022, la Gerencia Asistencial de Atención Primaria emite informe para señalar que el paciente acudió al Centro de Salud Aquitania en tres ocasiones: el 11 de octubre de 2019 con molestias abdominales y perianales que requirió incapacidad temporal y solicitud de colonoscopia; el 18 de octubre de 2019 que fue valorado en consulta refiriendo rectorragia y alteraciones del tránsito intestinal por lo que fue derivado a Urgencias del Hospital Universitario Ramón y Cajal y el 14 de noviembre de 2019, que continuaba con dolor abdominal.

Refiere a continuación que desde que se realizó en el Hospital Universitario del Sureste la intervención quirúrgica urgente por perforación de colon sigmoide y peritonitis, cambió al Centro de Salud La Paz, en Rivas Vaciamadrid, donde recibió seguimiento.

Figura en el expediente un informe médico pericial emitido a instancia del SERMAS firmado por dos especialistas en Cirugía General y del Aparato Digestivo que tras las consideraciones médicas, analizan la práctica médica, formulan una conclusión general *“la perforación de colon acontecida en este paciente ha sido un proceso secundario a su enfermedad diverticular e independiente de la colonoscopia practicada tres semanas antes”* y la siguiente conclusión final *“no hay dato alguno que nos haga suponer mala práctica médica en los hechos médicos relacionados con la asistencia a este paciente”*.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica se concede trámite de audiencia al reclamante.

El 12 de mayo de 2023 presenta escrito de alegaciones, en las que, una vez examinados los informes obrantes en el expediente, alega, a la vista del informe emitido por la Inspección Sanitaria que *“el motivo por el que se reclama no es por haber sufrido una perforación tras una colonoscopia. El motivo por el que se reclama es por falta de atención que a partir de la realización de la prueba se produce”*, precisa *“no estoy considerando una mala praxis la perforación que probablemente se*

produjo durante la prueba, más cuando asumo los riesgos, por pequeños que sean, que conlleva cualquier prueba médica. Lo que si considero es que la falta de control seguimiento posterior a esta e incluso el alta médica con unos síntomas que no deben ser los habituales en una prueba así produjo una clara perdida de oportunidad por la que se me privó de la posibilidad de obtener un resultado más favorable". Informa del fracaso en la negociación con la aseguradora del SERMAS que propone una oferta económica por los defectos en los consentimientos informados “*que ni siquiera valoro al no corresponderse con el motivo por el que se reclama*”. Acaba reclamando una indemnización de 336.676,69 euros, en concepto secuelas, perjuicio personal y perjuicio moral, y lucro cesante, sin mayor concreción.

Finalmente, el 5 de septiembre de 2023 se ha formulado propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación reconociendo al reclamante una indemnización de 4.500 euros por no poder determinarse si el paciente fue informado adecuadamente de los riesgos de la colonoscopia realizada.

CUARTO.- Por escrito de la consejera de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 20 de septiembre de 2023 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 534/23, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 16 de noviembre de 2023.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y por solicitud de la consejera de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP).

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, en cuanto que recibió la asistencia sanitaria objeto de reproche.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria fue dispensada por centros de salud de Atención Primaria y por el Hospital Universitario Ramón y Cajal, todos ellos pertenecientes a la red sanitaria pública madrileña.

En lo relativo al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas (artículo 67.1 de la LPAC).

En este caso, la colonoscopia realizada el 26 de noviembre de 2019 requirió cirugía urgente el 16 de diciembre de 2019 por perforación de colon sigmoide, por ello, la reclamación presentada el 14 de diciembre de 2020, está formulada dentro del plazo legal.

En cuanto al procedimiento, se observa que se ha recabado el informe del Servicio de Gastroenterología del Hospital Universitario Ramón y Cajal y de la Gerencia de Atención Primaria de acuerdo con lo previsto en el artículo 81 de la LPAC, también se ha incorporado el informe de la Inspección Sanitaria y un informe pericial a instancia del SERMAS. Se ha conferido el oportuno trámite de audiencia al interesado y finalmente se ha redactado la propuesta de resolución que junto con el resto del expediente ha sido remitido a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido trámite alguno que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2022 (recurso 771/2020), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo: *«el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea*

antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar", debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc".

En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria " ... es 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 este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" (STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica

existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».

CUARTA.- Como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, aunque inicialmente el reclamante no precisó los motivos de su reclamación, el daño que alega el interesado viene referido al deficiente seguimiento de la Administración sanitaria tras la realización, el 26 de noviembre de 2019, de una colonoscopia en el Hospital Universitario Ramón y Cajal de la que tuvo que ser intervenido por peritonitis purulenta generalizada producida por una perforación en sigma. Como hemos visto en los antecedentes, el reclamante no realiza reproche a la prueba realizada ni tampoco a la información recibida para la misma, estando documentado en el procedimiento el consentimiento prestado por el interesado para la colonoscopia, por lo que no tiene fundamento reconocer la responsabilidad por esta cuestión como propugna la propuesta de resolución.

Centrado así el objeto de la reclamación, esto es, en el déficit de seguimiento tras la colonoscopia, vamos a analizar tal reproche partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este

sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de noviembre de 2018 (recurso 309/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, como añade la citada sentencia, *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica”*.

Pues bien, en este caso el reclamante, a quien incumbe la carga de la prueba, no ha incorporado al procedimiento ningún tipo de acreditación de que la atención que le fue dispensada fuera incorrecta o inadecuada, por ello habrá que estar a la historia clínica e informes que obran en el procedimiento.

De la historia clínica resulta que el 26 de noviembre de 2019 se realizó al reclamante la colonoscopia sin que se observaran complicaciones durante la prueba ni resultara técnicamente complicada. Consta que, al despertar de la colonoscopia, el interesado presentó intenso dolor y agitación secundaria a nivel de hipogastrio y, tras la exploración física, se administró Nolotil intravenoso, con mejoría sintomática, si bien, se explicó al paciente que ante recurrencia u otros datos de alarma acudiera a Urgencias.

En punto al seguimiento posterior, la Inspección Sanitaria explica en su informe que ante la situación previa y posterior a la colonoscopia de dolor intenso se podría haber incrementado el control incluso dando cita para una visita reglada días después a Digestivo o visita reglada a Urgencias o se podía haber enviado una alerta al médico de familia para que incrementara la vigilancia a este paciente o haber contactado con el médico de Atención Primaria para que hubiera realizado de forma reglada esa vigilancia, pues no consta que desde Atención Primaria lo hayan hecho, ya que tan solo figura que hay una visita el día 2 de diciembre de 2019 en el que se le prescribe Buscapina, pero sin ninguna referencia a

la situación clínica del paciente ese día. Considera que *“es posible que con esa precaución se podrían haber minimizado las graves consecuencias que la lesión ha tenido para este paciente”*. De esta manera, destaca que, si bien no es ningún signo de mala praxis que se produzca una perforación al realizar una colonoscopia, de hecho, en la bibliografía aportada se recoge que en estudios aportados la perforación se da en el 0,15% de las colonoscopias, *“quizá si lo es que no se haga un seguimiento más completo en un paciente con dolor previo y posterior a la prueba como es en este caso”*.

Frente a lo informado por la Inspección Sanitaria, el informe del Servicio de Gastroenterología implicado en el proceso asistencial del reclamante no ha ofrecido ninguna explicación del seguimiento posterior a la colonoscopia, limitándose a señalar que se le recomendó acudir a Urgencias en caso de reaparición de dolor abdominal. Tampoco la información recibida desde Atención Primaria realiza ninguna aclaración sobre el proceso seguido con el interesado, limitándose a reflejar los datos que figuran en la historia clínica.

El único informe que analiza el seguimiento posterior del reclamante es el emitido a instancias del SERMAS en el que se defiende, en primer lugar, que el proceso que sufrió el interesado no fue consecuencia de la colonoscopia sino de su patología de base, un proceso diverticular subagudo, que finalmente se tornaría en un proceso agudo y además Hinchey III, y en segundo lugar, que las actuaciones por parte de los facultativos implicados en el seguimiento del enfermo, incluso el propio médico de cabecera que asistió al paciente día 2 de diciembre, fueron correctas porque a la luz de los acontecimientos no era esperable que 14 días después tuviera una diverticulitis aguda Hinchey grado III, *“ningún signo clínico entre el 2 de diciembre y el 16 de diciembre, sin irritación peritoneal, habría demandado otra actuación médica diferente a la que recibía, que no era otra más que la administración de analgésicos oral de primer escalón”*.

Ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que *“las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)”* y *“no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)”*.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2022 (rec. núm. 77/2019) señala que, *“en estos casos es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”*.

En este caso, en una valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, hemos de coincidir con el informe de la Inspección Sanitaria, no solo por la objetividad, profesionalidad e imparcialidad que se presume del ejercicio de sus funciones (así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de mayo de 2022 (recurso 786/2020), entre otras), sino porque el informe pericial emitido a instancias del SERMAS carece de la necesaria fuerza de convicción exigida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otras, en su Sentencia de 6 de octubre de 2016 (núm. de rec.: 258/2013), convicción que reside, en gran medida, en la fundamentación y coherencia interna de los informes, en la cualificación técnica de sus autores y en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes.

En este sentido, el mencionado informe pericial, no ofrece una explicación razonable sobre el seguimiento posterior, pues destaca que la actuación del 2 de diciembre de 2019 en Atención Primaria fue correcta y que no se podía haber actuado de otro modo al no presentar el paciente, signos de irritación peritoneal, sin embargo obvia, que en la consulta de 2 de diciembre no está reflejada ninguna exploración del paciente por parte de Atención Primaria, solamente la prescripción de Buscapina, por lo que se desconoce su situación clínica en ese momento, como destaca la Inspección Sanitaria, y tampoco puede afirmarse que en el periodo comprendido entre el 2 y el 16 de diciembre de 2019, cuando acude a Urgencias con peritonitis, no hubiera ningún signo clínico que hiciera presagiar el desenlace posterior, pues obviamente la falta de seguimiento en ese periodo que reprocha la Inspección Sanitaria, impidió que se pudiera detectar cualquier otro signo o síntoma del proceso, que hubiera permitido actuar más precozmente y ello, sin perjuicio, de la responsabilidad que cabe imputar también al interesado en dicha falta de seguimiento, a la que también alude la Inspección Sanitaria, y a la que después nos referiremos.

De igual modo, no resulta explicado razonablemente en el informe pericial que fuera correcta la administración tan solo de analgésicos de primer escalón, cuando según la teoría expuesta en el informe, según la cual el proceso derivó de una diverticulosis subaguda, que después desembocó en una diverticulosis aguda complicada Hinchey III (peritonitis purulenta), el tratamiento, según el informe pericial, va desde antibióticos orales y dieta pobre en fibra durante diez-quince días, en una diverticulitis aguda Hinchey I; a reposo digestivo, sueroterapia, antibióticos intravenosos y punción de las colecciones guiada con TAC o ecografía, en una diverticulosis aguda Hinchey II, y, tratamiento siempre quirúrgico, en una diverticulitis aguda complicada Hinchey III.

Así las cosas, y siguiendo el criterio de la Inspección Sanitaria, para quien resulta posible considerar que el haber dispensado al interesado una vigilancia más estrecha tras la realización de la colonoscopia, bien a través del Servicio de Digestivo bien por el médico de Atención Primaria, podría *“haber minimizado las graves consecuencias que la lesión ha tenido para este paciente”*, consideramos que se ha producido en este caso la pérdida de oportunidad que reprocha el interesado, que se caracteriza *“(…) por la incertidumbre acerca de si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente”* [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2018 (Rec. 976/2016)].

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene recogiendo el concepto de pérdida de oportunidad admitido por el Tribunal Supremo. Así la Sala madrileña en su Sentencia de 23 de junio de 2022 (Rec. 880/2020) recuerda las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero y de 3 de diciembre de 2012, en las que, remitiéndose a la de 27 de septiembre de 2011 que, a su vez, se refería a otras anteriores, definía la pérdida de oportunidad sobre la base de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 según la cual:

“La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente (FD 7º)”.

Recuerda asimismo la citada sentencia la del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, antes citada, relativa a un indebido retraso en dispensar al paciente en las mejores condiciones posibles, el tratamiento que necesitaba, lo que le privó de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud; en ella se declaraba que «(...) esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la “pérdida de oportunidad” [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2º) y 26 de junio de 2008, ya citada, FJ6º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina

(circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio"».

Ahora bien, no cabe desconocer que en el resultado tuvo también influencia la propia actuación del interesado, pues, como apunta la Inspección Sanitaria en su informe, el seguimiento posterior de las complicaciones tras la realización de la colonoscopia pudiera haber sido más precoz y cuidadoso si el paciente hubiera seguido los consejos que por escrito le dieron de acudir a Urgencias tras las complicaciones, cosa que él no hizo, por lo que cabe apreciar que concurre una causa en la producción del resultado lesivo imputable al propio reclamante, lo que si bien no hace que desaparezca la responsabilidad de la Administración anteriormente apreciada, no obstante la diluye y necesariamente la atempera o modera, en la medida que consideramos que concurre una concurrencia de culpas que debe tener su reflejo en el quantum indemnizatorio final.

QUINTA.- Procede pronunciarnos sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

En este caso, en que valoramos una pérdida de oportunidad, hemos señalado en nuestros dictámenes, que normalmente resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo. Como señala el Tribunal Supremo (así Sentencia de 27 de enero de 2016), en la pérdida de oportunidad hay *“una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”*.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, tiene señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en nuestros dictámenes 146/17, de 16 de abril y 340/18, de 19 de julio, que el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable al paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

En el presente caso, teniendo en cuenta la dificultad de determinar la pérdida de expectativas del paciente que no es concretada en ningún informe médico, y de otro lado, la responsabilidad que hemos considerado también imputable al reclamante en la evolución de los acontecimientos al no seguir los consejos dados tras la colonoscopia de acudir a Urgencias, se considera adecuado reconocer una indemnización global y actualizada de 15.000 euros por el daño moral que hemos referido.

El reconocimiento de una cantidad global ha sido el criterio seguido por esta Comisión Jurídica Asesora en dictámenes anteriores (así el Dictamen 400/16, de 15 de septiembre; el Dictamen 131/18, de 15 de marzo y el Dictamen 123/22, de 8 de marzo). En los citados dictámenes nos hicimos eco de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que un caso de pérdida de oportunidad rechaza la aplicación del baremo establecido para los accidentes de tráfico, destacando que *“según la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera...no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes”*. La sentencia opta por la valoración

global del daño, acogiendo doctrina del Tribunal Supremo (así Sentencia de 17 de julio de 2014) en la que se dice que *“la jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que derive de una apreciación racional aunque no matemática pues, se carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria”*.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer una indemnización al interesado por la cantidad global y actualizada de 15.000 euros.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 16 de noviembre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 604/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid