

Dictamen nº: **13/15**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **21.01.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de enero de 2015, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por S.J.G., sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por la asistencia sanitaria dispensada por la Clínica A a través del concierto establecido con el Servicio Madrileño de Salud, que considera deficiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de diciembre de 2014 ha correspondido a la Sección II, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, la ponencia sobre solicitud de dictamen preceptivo formulada el día 10 del mismo mes por el consejero de Sanidad, sobre el asunto indicado en el encabezamiento, que tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid el citado día 15 de diciembre y fue admitida a trámite recibiendo el número de expediente 539/14.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación en formato CD que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

El ponente ha firmado la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 21 de enero de 2015.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado el 15 de marzo de 2012, se formula reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, al considerar la interesada que durante la realización de una colonoscopia se le produjo una perforación que precisó intervención quirúrgica y cuatro meses después continúa con dolores y molestias. La prueba fue realizada en el centro privado indicado en el encabezamiento, a través del concierto existente con el Servicio Madrileño de Salud.

Solicita ser indemnizada por los daños y perjuicios que la que considera una negligencia médica le ha ocasionado, así como por las secuelas y los gastos ocasionados, afirma que continúa en proceso de recuperación y sigue con dolores y molestias. Aporta copia de informes médicos.

TERCERO.- La historia clínica y la restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

Con el fin de descartar una patología de colon, la paciente de 62 años de edad y con antecedentes de histerectomía, doble colporrafía y un hermano con cáncer de colon, acude el 19 de septiembre de 2011 a su centro de salud. El 20 de octubre se realiza interconsulta para colonoscopia diagnóstica que se lleva a cabo el día 8 de noviembre de 2011 en un centro privado concertado con el Servicio Madrileño de Salud. Consta documento de consentimiento informado suscrito por la paciente en el que se indica como riesgo típico del procedimiento, entre otros: “*perforación del intestino*” (folio 202).

La prueba no se completó, al visualizarse a los veinticinco centímetros “*imagen en fondo de saco que impide progresar ante el riesgo de*

“perforación”, se recomienda realizar enema opaco para definir bien la lesión.

Poco después, la paciente comienza con disnea brusca, enfisema subcutáneo y dolor abdominal difuso, sin náuseas, ni vómitos, síndrome miccional y alteración del tono de la voz, es trasladada en ambulancia al Hospital Universitario de la Princesa. En las pruebas realizadas se aprecia perforación a nivel del sigma, segmento que presenta múltiples divertículos que precisó cirugía de urgencia, para la que previamente firmó el documento de consentimiento informado, donde se indican los riesgos generales y específicos del procedimiento, entre los riesgos poco graves y frecuentes: “*Infección o sangrado de la herida quirúrgica, retención aguda de orina, flebitis. Dolor prolongado en la zona de la operación*”.

Anatomía patológica informa de diverticulosis con diverticulitis perforada, abscesos en la grasa y peritonitis aguda asociada.

Durante el ingreso no presenta ninguna complicación, los parámetros analíticos van normalizándose, presenta tránsito intestinal normal, la evolución favorable lleva al alta el 14 de noviembre. Se pauta analgesia y se aconseja deambular quince minutos cada doce horas y evitar esfuerzos abdominales durante unas seis u ocho semanas.

El 14 de mayo de 2012 acude a revisión, refiere discretas molestias que asocia con las digestiones, ritmo intestinal adecuado. A la exploración la cicatriz tiene buen aspecto y la pared abdominal no tiene defectos. No se evidencian complicaciones tras la cirugía. Se indica control por su médico de atención primaria.

CUARTO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial, se ha practicado requerimiento para que la reclamante concrete la cuantía indemnizatoria, manifestando que no le resulta factible, al no encontrarse determinadas las lesiones.

Solicita a la Administración “*un reconocimiento médico de las lesiones que se padecen, donde se especifiquen todas las lesiones que se han producido por la citada causa*” y en caso de no ser posible, requiere una contestación expresa para efectuar el mismo a un servicio médico privado o particular, y una vez conocidas valorar el periodo hospitalario, el periodo de rehabilitación, los gastos ocasionados, la indemnización de secuelas, los daños morales, etc.

La instructora del procedimiento requiere documentación acreditativa de lo argumentado, presentando escrito al que acompaña un informe clínico del centro de salud Torres de la Alameda fechado el 18 de mayo de 2012 donde consta la recomendación de no hacer esfuerzos abdominales durante 8 semanas y la necesidad de una persona para realizar las labores domésticas, añade que a fecha del informe le quedan molestias, no puede comer la cantidad de alimento que comía previamente, malas digestiones, dolor en el hipocondrio izquierdo. Añade que la paciente acude a revisiones periódicas en el Hospital de la Princesa, la próxima el 14 de junio.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la paciente así como el informe del centro supuestamente causante del daño, cuyo servicio fue prestado a través de concierto establecido con el Servicio Madrileño de Salud hacia el Hospital Príncipe de Asturias. Al informe acompaña copia del consentimiento informado suscrito por la paciente para la realización de una rectoscopia-colonoscopia, donde entre otros riesgos figura “*perforación del intestino*”.

El informe del facultativo que llevó a cabo el procedimiento pone de manifiesto que el 8 de noviembre de 2011 se realizó una colonoscopia a la paciente remitida por el Hospital Universitario Príncipe de Asturias por presentar antecedentes familiares de cáncer de colon. La prueba no llegó a completarse ante el riesgo de perforación. Expone:

“Ante la sospecha de perforación se traslada a la paciente al Hospital de la Princesa donde es intervenida, observándose gran cantidad de divertículos en sigma, de lo que se infiere que la perforación fue debida a la rotura de un divertículo.

La perforación es una de las complicaciones frecuentes de la colonoscopia sobre todo en los casos de divertículos, por rotura de un divertículo al insuflar aire para poder realizar la exploración correctamente.

Por todo lo anterior consideramos que no ha habido negligencia médica sino una actuación correcta en todo el proceso”.

También consta en el expediente el informe emitido por la Inspección Sanitaria el 23 de mayo de 2014 que afirma que *“puede concluirse que la atención sanitaria dispensada a la paciente puede considerarse adecuada”*.

Fundamenta esta conclusión en que la colonoscopia estaba indicada por los antecedentes familiares con cáncer de colon. Además, la paciente era conocedora, tras haber firmado el documento de consentimiento informado, del alcance de la exploración y sus posibles complicaciones. En todo momento se actuó de acuerdo con los protocolos y el tiempo transcurrido entre el diagnóstico de la perforación y el tratamiento de la complicación se realizó precozmente y fue el requerido en el traslado a otro centro. No hay evidencia de complicaciones tras la cirugía según se indica en la consulta de 14 de mayo de 2012.

Mediante escritos fechados el 1 de septiembre de 2014, se ha notificado a los interesados: la reclamante y la clínica concertada, la apertura del trámite de audiencia con remisión del expediente administrativo. Obran en el expediente los acuses de recibo debidamente firmados.

En uso del indicado trámite no consta la formulación de alegaciones por parte de la clínica. La reclamante, mediante escrito presentado el 24 de septiembre alega que la documentación obrante en el expediente acredita los daños y las secuelas que ha sufrido, ratificando su reclamación e indicando que las secuelas que padece “*actualmente están pendientes de una valoración pormenorizada debido a que están en fase de revisiones y recuperación, por lo que no son todavía definitivas*”.

El 12 de noviembre de 2014 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma del viceconsejero de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 6/2014, de 17 de marzo) desestima íntegramente la reclamación formulada.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE 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), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 22 de enero de 2015.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común (LRJ-PAC) y en 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 (RPRP).

Concurren, respectivamente, en la reclamante y en la Comunidad de Madrid, legitimación activa y pasiva. Como es reiterada doctrina de este órgano consultivo hay que recordar que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial el título de imputación es la competencia para la prestación del servicio público que ocasiona el daño. En este caso, la competencia reside en la Comunidad de Madrid, en virtud de lo establecido en los artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica 37/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y los artículos 3.2 y 5.2 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la comunidad de Madrid.

La institución de la responsabilidad patrimonial ha de cumplir, además, una función de garantía patrimonial de los ciudadanos, así lo exige el principio de indemnidad que vertebría el sistema de responsabilidad y que ha sido acogido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 10^a) en la reciente Sentencia de 17 de julio de 2014 (recurso 640/2012) al afirmar sobre el artículo 106 de la Constitución lo siguiente:

«En este precepto se establece una garantía de indemnidad para los particulares por toda lesión “siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Esa garantía no debe verse matizada o limitada en los casos que, como el que nos ocupa, la Administración ejerce sus competencias -supuestamente- en forma indirecta, a través de un agente contratista o de un concesionario. Desde esta perspectiva han de interpretarse los artículos aludidos, que disciplinan las cuotas de responsabilidad de las partes de un contrato

administrativo por los daños causados a terceros lo que afecta al ámbito de sus internas relaciones, pero no a la garantía de indemnidad que la Administración ha de ofrecer a los administrados en el desarrollo de sus competencias. Así se deduce de las STS de 20-10-1987, 19-5-1987, 18-12-1.995 o 23-2-1995 en relación a los contratistas, y de la STS de 9-5-1989, sobre un supuesto de actuación de concesionario, argumentando que, si bien la Administración no gestiona, esto lo hace el concesionario, no queda al margen de aquella actuación, sino que sigue siendo responsable de esta situación de riesgo que ha creado sin perjuicio, claro está de repetir contra el concesionario, cuando corresponda, y que los citados preceptos han de ser interpretados como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto, tesis que mantienen también las sentencias, entre otras, de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1995 y de 30 de abril de 2001».

Como ya dijimos en nuestros dictámenes 38/13, 141/14 y 265/14, la Administración, como titular de un servicio público, responde de su buen funcionamiento y es responsable frente a los ciudadanos de los daños que dicho servicio pueda causar, con independencia de la figura a través de la cual se preste dicho servicio público, así lo impone el artículo 106 de la Constitución a modo de garantía institucional.

En virtud de lo expuesto, la legitimación pasiva reside en la Comunidad de Madrid como titular del servicio público sanitario. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de repetir frente al centro sanitario privado

concertado en el supuesto de que proceda indemnizar a la perjudicada por la atención sanitaria prestada en dicho centro.

La reclamación se ha presentado dentro del plazo establecido en el artículo 142 de la LRJ-PAC.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se ha instruido correctamente, si bien se ha excedido el plazo de seis meses para resolver dispuesto en el artículo 13 RPRP, ya que, como consta en antecedentes, la reclamación se interpuso el 15 de marzo de 2012 y la consulta a este Consejo Consultivo se ha remitido el 15 de diciembre de 2014, más de dos años y medio después.

TERCERA.- Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes 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) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

El daño por el que se reclama es una perforación de colon que tuvo lugar en el transcurso de una colonoscopia así como la cirugía de urgencia a que hubo de someterse la interesada para corregir dicha perforación. También reclama por otras secuelas que concreta en molestias consistentes en no poder comer las mismas cantidades de alimentos que con anterioridad y dolor en hipocondrio izquierdo.

La perforación intestinal y la cirugía que la interesada apreció a consecuencia de la misma han quedado suficientemente acreditadas

mediante la historia clínica y los informes médicos obrantes en el expediente.

La relación de causalidad también parece acreditada en el informe emitido por el médico que realizó la colonoscopia (folio 217) en el que afirma que el traslado de la paciente al Hospital de La Princesa se debió a “*sospecha de perforación*” y añade: “*(...) se infiere que la perforación fue debida a una rotura de divertículo. La perforación es una de las complicaciones frecuentes en la colonoscopia sobre todo en los casos de divertículos, por rotura de un divertículo al insuflar aire para poder realizar la exploración correctamente*”.

La existencia de nexo causal, no obstante, no determina la existencia de responsabilidad patrimonial ya que 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 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.

Como ha quedado expuesto más arriba, es reiterada la jurisprudencia que viene afirmando que la obligación de los servicios sanitarios en la atención al paciente, en definitiva el ejercicio de la medicina curativa, constituye únicamente una obligación de medios y no de resultados, así la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2012 (recurso 2294/2011).

En este sentido, hemos de recordar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 10^a) de 17 de mayo de 2013 afirma que las alegaciones sobre negligencia médica deben probarse con

“medios probatorios idóneos” y tras exponer la doctrina de la carga de la prueba en los términos que acabamos de exponer, concluye afirmando que “En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración”, confirmando así la sentencia lo recogido en el Dictamen 407/11, de 20 de julio, dictado en el supuesto de hecho enjuiciado por la Sala.

En el presente caso la reclamante se limita a afirmar que hubo mala praxis porque sufrió una perforación del colon, pero no aporta prueba alguna de dicha mala praxis, más allá de sus propias afirmaciones.

Procede tener presente que la asistencia médica ha de atender las circunstancias de la asistencia y a los síntomas del enfermo, mediante un juicio *ex ante* y no *ex post*. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia 116/2013, de 6 de febrero (recurso nº 846/2010):

«Se trata, por tanto, de afirmaciones que se realizan una vez conocida la evolución del paciente los días 21 y 22 julio (...). Por otra parte también se dice en el citado informe que si bien el diagnóstico no se realizó de inmediato, es necesario tener un alto grado de sospecha clínica para el diagnóstico precoz de la peritonitis, pero no se nos dice cuáles son estos datos que concurrían en el caso para tener ese alto grado de sospecha clínica, y si los síntomas que padecía el actor y a los que se refiere en su informe, tales como dolor abdominal severo y defensa (contractura muscular), podían ser interpretados como síntomas compatibles con la dolencia diagnosticada en el citado servicio de urgencias.

(...)

Por ello, estimamos que procede la desestimación de la demanda dado que, en efecto, la calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio "ex post", sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente. Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto, el tratamiento que se sigue, en un juicio "ex post", no es indicario de una mala praxis médica, pues solo en un juicio "ex post" es cuando podríamos afirmar que habría que haber intervenido antes.

Consecuencia de lo expuesto resulta procedente la desestimación de la demanda».

En el mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente este Consejo Consultivo ya que la medicina supone únicamente una obligación de medios, los cuales fueron adecuadamente prestados y que no resulta procedente juzgar la corrección de una actuación médica partiendo de la evolución posterior del paciente, en una llamada "*prohibición de regreso*" a la que aluden los dictámenes 52/13, de 20 de febrero; 365/13, de 11 de septiembre, y 27/14, de 22 de enero, entre otros, así como la jurisprudencia, en este sentido la sentencia de 3 de abril de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 49/2011).

Por su parte, el informe de la Inspección Sanitaria afirma que la colonoscopia está indicada, dados los antecedentes familiares de cáncer de colon y que la perforación del intestino es un riesgo típico de esta intervención que puede tener lugar sin necesidad de incurrir en mala praxis, confirmando así la explicación facilitada por el médico que efectuó la prueba diagnóstica. La médica inspectora concluye, finalmente, que la

atención dispensada fue adecuada. En atención a este informe, de especial relevancia por su presumible imparcialidad, objetividad y profesionalidad (así la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 2013), cabe concluir que la asistencia prestada a la reclamante fue conforme a la *lex artis ad hoc*.

CUARTA.- Por último hemos de recordar que 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 define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

La doctrina del Consejo fijada en el Dictamen 483/11, de 14 de septiembre, exige que sea la Administración sanitaria quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, en virtud del principio de facilidad probatoria, ya que se trata de una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención.

En el presente caso, se ha incorporado al expediente documento de consentimiento informado suscrito para la realización de la colonoscopia en el que constan como complicación posible: “*perforación del intestino*”.

Puesto que la paciente conocía el riesgo de la prueba diagnóstica y lo aceptó, ello implica que deba asumir también la obligación jurídica de soportarlo, lo que determina la ausencia del requisito de la antijuridicidad en el daño.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por no concurrir el requisito de antijuridicidad en el daño y no haber quedado acreditado que la actuación médica fuera contraria a la *lex artis ad hoc*.

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 de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 21 de enero de 2015

