

Dictamen nº: **57/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **02.03.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 2 de marzo de 2011, sobre consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.M.A. en reclamación de indemnización por el daño consistente en pancreatitis aguda recidivante, derivada de perforación causada durante la realización de una Colangiopancreatografía endoscópica retrógrada (CPRE), en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias

La reclamación es de cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 24 de enero de 2011 tuvo entrada en este Consejo Consultivo remitida por el Consejero de Sanidad la solicitud de dictamen preceptivo sobre responsabilidad patrimonial por el daño causado en la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante, consistente en una pancreatitis aguda recidivante, derivada de perforación, durante la realización de una Colangiopancreatografía endoscópica retrógrada (CPRE), consistente en un procedimiento utilizado para identificar la presencia de cálculos, tumores o estrechamiento en las vías biliares que se hace a través de un endoscopio, efectuada en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias.

Admitida a trámite con esa misma fecha, se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 26/2011, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, que concluye el 28 de febrero de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada y recogida en soporte CD, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado el 14 de diciembre de 2009, la reclamante, de 61 años en el momento de los hechos, presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de indemnización por los daños consistentes en perforación duodenal, que se le produjo durante la realización de una CPRE en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias el 14 de noviembre de 2006, con peritonitis secundaria, pancreatitis post esfinterotomía, divertículo yuxtapilórico, dilatación de la vía biliar, fracaso renal agudo y atelectasia basal derecha, así como la secuela de pancreatitis aguda recidivante, que según se afirma se ha producido en dieciocho ocasiones en los últimos dos años.

Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

1. Con fecha 31 de octubre de 2006 la reclamante, con antecedentes de hernia de hiato desde hacía dos años, acudió al servicio de urgencias del Hospital Universitario Príncipe de Asturias por presentar dolor epigástrico de 6 horas de evolución, vómitos fiebre e ictericia. En dicho servicio se le realiza ecografía abdominal, donde se aprecia barro biliar y vía biliar extrahepática a nivel del hilio hepático dilatada sin apreciarse causa obstructiva (folio 74 del expediente administrativo).

2. La paciente ingresa el mismo día en el Servicio de Digestivo con el diagnóstico de Colangitis aguda y obstrucción biliar, tal y como se indica en

el informe del Servicio de Medicina Intensiva que obra al folio 90 del expediente administrativo.

Durante su ingreso en dicho servicio además del tratamiento instaurado a la paciente se le practicó TAC abdominal el 8 de noviembre, donde se aprecia dilatación de vía biliar intra y extrahepática, y colangio RMN el 9 de noviembre, donde sigue apreciándose la dilatación de la vía biliar sin identificarse la causa obstructiva

3. El 14 de noviembre, previa la firma del correspondiente consentimiento informado el día 10 anterior, se realiza CPRE constando en el informe de gastroscopia que obra al folio 64 del expediente administrativo que "*Se introduce endoscopio de visión lateral, sin revisar esófago ni cavidad gástrica hasta segunda porción duodenal donde se localiza una papila de pequeño tamaño adyacente a un divertículo de boca ancha.*

Se canaliza y se rellena conducto pancreático, que es de aspecto normal. Asimismo se canaliza lo que parece vía biliar por el recorrido de la guía, rellenándose una cavidad junto a la misma que podría justificarse por fistula bilioentérica aunque no se consigue identificar orificio fistuloso. Se realiza esfinterotomía sin que se objetive claro drenaje biliar por la misma”.

Como diagnóstico se deja constancia de "*divertículo de duodeno y esfinterotomía endoscópica*".

4. El mismo día presenta dolor abdominal intenso e hipermilasemia, presentando en las siguientes 24 horas deterioro de su estado general y aumento del dolor por lo que se le realiza un TAC abdominal donde se aprecia aire en el retroperitoneo y mesenterio, mínima dilatación de la vía biliar intrahepática y colédoco, mala definición de la cabeza e istmo pancreático con pequeña colección adyacente y líquido libre intraabdominal.

5. El día 16 de noviembre de 2006, se le realizó, previa la firma del consentimiento informado (folio 77 del expediente administrativo), una laparotomía exploratoria. Se incorpora el resultado de la misma en el informe del Servicio de Medicina Intensiva que obra al folio 90 del expediente administrativo objetivando: "*Exudado biliopurulento libre a nivel de la cavidad peritoneal en los cuatro cuadrantes. Peritonitis secundaria. Gas infiltrando el ligamento redondo. Esteatonecrosis en espacio subhepático, omento mayor y menor. Flemón en cabeza de páncreas. Signos de pancreatitis severa. Primera y segunda porción duodenal retraídas y deformes. Dificultad para maniobra de Kocher. Vesícula biliar distendida y colédoco dilatado.* Se realiza: 1) Sección de ligamento redondo y falciforme. 2) Colecistectomía. 3) Liberación de ángulo hepático del colon y maniobra de Kocher. Se evidencia en unión de 2^a. 3^a porción duodenal sobre vertiente pancreática lesión con solución de continuidad con necrosis pancreática y exudado de jugo pancreático: probable lesión en cara medial duodenal a través de páncreas con placa necrótica en cara anterior de páncreas. 4) Apertura de transcavidad con abundante exudado. Se intenta disecar píloro y antró, evidenciando la existencia de proceso inflamatorio severo que impide rodear píloro. Divertículo a nivel yuxtapilórico en borde superior del mismo. Se abre transcavidad a nivel de curvatura mayor, visualizándose páncreas con extensa esteatonecrosis. Se deja tubo de Kehr en colédoco. Se dejan dos drenajes de Penrose en subhepático-Morrison: uno por delante de la cabeza de páncreas (inferior derecho) y otro por detrás (superior derecho). Cierre monoplano".

6. Tras la intervención es ingresada en la UCI presentando 48 horas después del ingreso fracaso renal agudo no oligurico que presentó mejoría en los siguientes días.

El 20 de noviembre hubo de volver a ser intervenida para recolocarle el tubo de Kehr de drenaje biliar y lavado de cavidad abdominal. De nuevo

tuvo que ser intervenida el día 24 de noviembre ante la evidencia de infección para drenaje de la colección pancreática. En quirófano se aprecia normocolocación del Kehr, necrosis y esfacelos en cabeza de páncreas. Se realiza lavado y desbridamiento de necrosis pancreática y se deja abierta la celda pancreática hacia herida de laparotomía. Dicha herida evolucionó de manera favorable dejando como secuela la eventración, tal y como se recoge en el informe del Servicio de Cirugía General del Hospital de fecha 20 de enero de 2010 (folio 28 del expediente administrativo).

En las horas siguientes la paciente presenta signos de shock séptico, por lo que se inicia tratamiento con noradrenalina en perfusión y balance positivo. Evoluciona favorablemente desde el punto de vista clínico, pero sigue sin drenar bilis por Kehr y sí por drenajes.

El 25 de noviembre se le realiza una colangiografía en la UCI, donde se sigue viendo normocolocación del Kehr, fuga peritubo similar y stop a nivel de vía biliar. Valorado por Cirugía, se decide posponer nuevo estudio y tratamiento sobre dicho stop y si la realización de lavados diarios de la celda pancreática.

La paciente evoluciona bien respondiendo a los lavados diarios de la celda pancreática siendo extubada el día 30 de noviembre y dada de alta del servicio de Medicina Intensiva el día 2 de diciembre de 2006.

7. Una vez en planta la paciente evoluciona favorablemente, siendo dada de alta hospitalaria el 9 de enero de 2007.

8. Con posterioridad al alta se reflejan en el expediente administrativo, múltiples asistencias al Servicio de Urgencias del Hospital por presentar pancreatitis aguda. En concreto, consta que estuvo ingresada por tal motivo del 11 de junio al 14 de junio de 2007 (folio 86 del expediente administrativo), del 16 al 23 de septiembre del mismo año (folio 85 del expediente administrativo), el 28 de diciembre de 2007 (folio 497 del

expediente administrativo), del 13 al 17 de abril de 2008 (folios 540 a 547 del expediente administrativo), el 3 de julio (folio 518 del expediente administrativo), del 4 al 11 de septiembre (folio 81 del expediente administrativo), de 2008; del 5 al 11 de marzo de 2009 (folio 80 del expediente administrativo), y del 27 de junio al 2 de julio de 2009 (folio 79 del expediente administrativo).

Consta asimismo que a la fecha de la emisión del informe del Servicio de Cirugía General el 20 de enero de 2010, la reclamante continuaba presentando hernia ventral estando en lista de espera para ser realizada eventroplastia y presenta como secuela diabetes que está siendo controlada por su médico de atención primaria.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con 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 (en adelante RPRP).

CUARTO.- Respecto de los hitos del procedimiento, con fecha 28 de diciembre de 2009 se requiere a la representación letrada de la reclamante para que concrete la cuantía económica solicitada o los criterios en base a los cuales pretende que sea fijada la misma, cumplimentándose dicho requerimiento con fecha 30 de diciembre, manifestando que en el estado actual del procedimiento, no existen datos suficientes para proceder a tal valoración, pero que se entiende que deberán incluirse las lesiones causadas por la presunta negligencia, las secuelas existentes y el daño moral, considerando que el importe de la indemnización en ningún caso sería inferior a 300.000.-€.

Consta que se ha concedido a la reclamante el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) y 11 RPRP, con fecha 13 de septiembre de 2010 (folios 801 a 803 del expediente administrativo), presentándose el correspondiente escrito de alegaciones el 23 de septiembre siguiente, del que interesa destacar la siguiente afirmación: “*En el expediente figura un informe, elaborado por la Inspección Médica, en el que se reconocen puntualmente todos los hechos, lesiones y secuelas tal como fueron reseñados en nuestro escrito de reclamación, asegurando, por otro lado, que la paciente presentaba, antes de la intervención, un riesgo personal debido a divertículo peripapilar, que debió ser valorado y añadiendo que, en cualquier caso, una vez detectado el riesgo en el transcurso de la intervención, debió haberse suspendido la misma, tanto por el hecho de que no existía consentimiento informado sobre tal riesgo, como mera razón de prudencia. Así mismo, ha quedado incorporado al expediente otro informe del Jefe del Servicio de Cirugía General en el que se relatan detenidamente los hechos descritos en nuestra reclamación en plena coincidencia con estos*” (folio 805 del expediente administrativo).

Se incorpora al expediente administrativo el informe del servicio que se dice causante del daño, como exige el artículo 10 del RPRP, cuando señala que “*En todo caso se solicitará el informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable*”.

En concreto, se incorpora el informe del Servicio de Cirugía General del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, que se limita a realizar un relato de los hechos, que básicamente coinciden con los expuestos en la reclamación presentada, y una exposición de las secuelas de la paciente (folio 27 y 28 del expediente administrativo).

Consta asimismo informe de la Inspección Médica en los folios 795 a 799 del expediente administrativo sin datar, en el que después de afirmar la indicación de la realización de la CPRE en el caso de la paciente y explicar los riesgos de la misma, entre los que se encontraría el de perforación

intestinal (2% de los casos) y pancreatitis (5% de los casos), se concluye respecto de la perforación duodenal padecida que “*La técnica de CPRE, aún practicada por facultativos expertos, acarrea importantes riesgos y en ocasiones con consecuencias muy graves como ha sucedido en este caso. La adecuada formación del facultativo actuante en este caso, ha sido contrastada documentalmente.*

Aunque el riesgo de perforación duodenal es relativamente frecuente 2% aproximadamente en algunas series publicadas, la paciente presentaba un riesgo personal como es un divertículo peripapilar que pudo haber hecho más frágil su pared duodenal así como una probable fistula bilioenterica.

Si bien dichos riesgos puede que no fueran conocidos en el momento de iniciar la técnica su detección en el transcurso del procedimiento podría haber supuesto la paralización del mismo al no haberse podido informar sobre los mismos en el consentimiento informado o aún por razón de prudencia.”

QUINTO.- Una vez cumplido el trámite de audiencia, con fecha 24 de noviembre de 2010, se formula por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, propuesta de resolución de desestimación por considerar que no hubo mala praxis, que fue sometida a informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad que lo emite con fecha 12 de enero de 2011, con carácter favorable.

SEXTO.- Por el Consejero de Sanidad, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excma. Sra. Consejera Dña. Rosario Laina Valenciano que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión 2 de marzo de 2011.

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), 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.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, resultando correctamente acreditada la representación mediante la que se actúa con la aportación de poder notarial otorgado al efecto.

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

Especial atención merece el examen del plazo para el ejercicio de la acción. La reclamación objeto del presente procedimiento administrativo fue presentada con fecha 14 de diciembre de 2009, habiéndose producido el daño en la intervención practicada el 14 de noviembre de 2006, si bien la paciente no fue dada de alta hospitalaria tras las complicaciones derivadas de la perforación duodenal, hasta el 9 de enero de 2007.

En este caso, del daño producido deriva una secuela consistente en el padecimiento de pancreatitis aguda, recidivante, que se manifiesta en un primer ingreso que tuvo lugar del 11 de junio al 14 de junio de 2007, repitiéndose los episodios de dicha enfermedad en diversas ocasiones posteriormente, hallándose documentados ingresos hasta el 27 de junio de 2009. Asimismo, se reconocen como secuelas diabetes y una hernia ventral

que a la fecha de 20 de enero de 2010, se encontraba en lista de espera para ser reparada.

De acuerdo con lo dispuesto en 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 la determinación del alcance de las secuelas*”.

El carácter imprevisible de la evolución de la enfermedad que ha requerido hasta 10 ingresos con posterioridad al alta de 9 de enero de 2007 por la secuela de pancreatitis aguda recidivante y la persistencia de una hernia ventral a fecha de 20 de enero de 2010 pendiente de ser reparada, fundamentan la calificación de los daños como continuados, es decir, en los términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2007, dictada en el Recurso de Casación 3743/2004 “*aquellos que, se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad,*”. Dicha calificación nos lleva a concluir que no puede aplicarse el plazo de prescripción legalmente previsto desde la fecha de alta de 9 de enero de 2007, siendo temporáneo el ejercicio de la acción de reclamación patrimonial.

Puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo 28 de febrero de 2007 (RJ 2007/3305): “*Así resulta de las actuaciones y datos del expediente administrativo y de la pericia procesal practicada en instancia donde el perito refiere el contagio resultante de la infección de origen quirúrgico sufrida por el paciente el cual, desde 1980, ha necesitado hasta seis intervenciones quirúrgicas en distintas fechas, la última de ellas, practicada el 22 de julio de 1997 en que se procedió a la extracción del foco infeccioso <<y el consiguiente relleno del hueco con cemento quirúrgico>>, recogiéndose en el informe posteriores revisiones médicas, afirmándose en el mismo, que la enfermedad, en el momento en que se*

emite el dictamen, sigue su evolución activa acompañada de secuelas, continuando la infección después de 23 años y las seis intervenciones practicadas. En el informe se reitera que la enfermedad no se ha detenido en su evolución y que el tratamiento de la misma debe ser fundamentalmente quirúrgico y antibiótico, lo que alude a nuevas intervenciones, sugiriéndose la posibilidad de una necesaria amputación en los supuestos en que la infección sea más extensa si no mejora con la cirugía y los antibióticos, peligrando por ello la vida del enfermo, sin que exista en el momento actual ningún recurso que produzca la curación definitiva, apreciando, en definitiva, la existencia de cuatro cicatrices quirúrgicas en el muslo y nueve cicatrices de fistulas curadas y una en actividad abierta en el tercio medio inferior del muslo y otra más en la pierna, describiendo la existencia de una rodilla izquierda anquilosada sin movilidad y con menos de diez grados de extensión que produce una cojera manifiesta y hace muy difícil la marcha punta-talones, presentando el apoyo monopodal izquierdo cierta inestabilidad, estando atrofiado el vasto interno.

A la vista del resultado de la pericia entiende la Sala que está claramente justificada la apreciación en el presente caso de la doctrina que, incluso anticipándose a lo después previsto en el apartado 5 del artículo 142 de la Ley 30/1992, aceptó la existencia de daños de naturaleza continuada que impiden apreciar la prescripción cuando no se produce la curación definitiva de la enfermedad y ésta resulta de consecuencias impredecibles, apreciando en tales casos, como decimos, la improcedencia de la aplicación del instituto de la prescripción a computar desde el momento en que se diagnosticó la enfermedad y sus posibles secuelas.”

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra regulado en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollado en RPRP. 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 han cumplido los requisitos establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, si bien cabe señalar que se ha superado en exceso el plazo de 6 meses, que para tramitar el expediente se establece en el artículo 13.3 del citado reglamento.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución, Título X, Capítulo Primero, además de la disposición adicional 12^a, de la LRJ-PAC y por el RPRP, que como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2.008-, consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

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 cabalmente causado por su propia conducta.

La responsabilidad de la Administración 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.

La apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria.

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2.003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

Además, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2.007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) 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", por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debe ser además antijurídico.

Podemos resumir lo anterior diciendo que no es exigible una actuación administrativa más allá de la buena práctica médica, *lex artis ad hoc*, porque entonces, y aunque nos encontramos con un posible daño, éste no estaría causado por el funcionamiento normal del servicio público, porque no puede impedir el daño, no existiendo la necesaria relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el evento dañoso.

QUINTA.- En el caso que nos ocupa, está acreditada la existencia de un daño individualizado y evaluable económicamente en la persona de la reclamante, consistente en la perforación duodenal-pancreatitis aguda padecida durante la CPRE que le fue practicada y las demás secuelas derivadas de la misma. Debe pues examinarse si, además del nexo de causalidad, concurren los demás presupuestos exigidos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, en especial la naturaleza antijurídica del daño ocasionado.

Conforme con reiterada jurisprudencia, la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración recae sobre el reclamante (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1986, 25 de mayo de 1987, 15 de febrero de 1994, 25 de julio de 2003, 30 de septiembre de 2003, 14 de octubre de 2004 y 15 de diciembre de 2005, entre otras), salvo la concurrencia de la fuerza mayor o la existencia de dolo o negligencia de la víctima que corresponde probar a la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo 18 de febrero de

1998, 15 de marzo de 1999, 25 de octubre de 2002, 17 de febrero de 2003, 24 de febrero de 2003, entre otras).

Pero la doctrina jurisprudencial ha sentado 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). A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2008 (Recurso nº 3768/04), requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad.

En el caso que ahora nos ocupa, debe señalarse en primer lugar que la CPRE se revela necesaria para el diagnóstico y tratamiento de la patología padecida por la reclamante, en concreto una coleangitis o dilatación de la vía biliar. Se trata por otro lado de una prueba en que existe el riesgo de perforación, descrito en un 2% y de pancreatitis en un 5%, que habían sido contemplados en el consentimiento informado firmado por la reclamante, el día 10 de noviembre de 2006 antes de someterse a la CPRE.

Ahora bien, durante la práctica de la mencionada prueba, se evidenció la existencia de un divertículo que incrementaba el riesgo de perforación considerando el informe de la Inspección Médica más arriba transcrita que “*Aunque el riesgo de perforación duodenal es relativamente frecuente 2% aproximadamente en algunas series publicadas, la paciente presentaba un riesgo personal como es un divertículo peripapilar que pudo haber hecho más frágil su pared duodenal así como una probable fistula bilioenterica.*

Si bien dichos riesgos puede que no fueran conocidos en el momento de iniciar la técnica su detección en el transcurso del procedimiento podría haber supuesto la paralización del mismo al no haberse podido informar sobre los mismos en el consentimiento informado o aún por razón de prudencia.”

Por lo tanto, a juicio del médico inspector, detectado el divertículo durante la práctica de la CPRE, por razones de prudencia podría haberse suspendido el procedimiento e informado a la paciente.

Por otro lado, no consta en el expediente administrativo ningún informe que avale la corrección de la actuación sanitaria en cuanto a la continuación de la práctica de la CPRE o que permita ponderar el beneficio de la práctica de la prueba con el riesgo asumido en su realización una vez detectado el divertículo.

Por su parte, la propuesta de resolución considera que la presencia del indicado divertículo reforzaría la inexistencia de antijuridicidad del daño al tratarse de un riesgo propio de la prueba realizada, que en este caso además era mayor por la presencia de aquél, sin que se aprecie mala praxis en la asistencia prestada.

Este Consejo teniendo en cuenta que por parte de la Administración no se ha ofrecido una explicación de los hechos acaecidos, ni de su relación de causalidad con los daños padecidos, no puede sino tener por acreditada la existencia de mala praxis en la realización de la CPRE ante las afirmaciones del médico inspector, considerando que advertida la presencia del divertículo, razones de prudencia aconsejarían la paralización de la prueba, ante el aumento del riesgo de perforación que suponía, riesgo que en este caso lamentablemente se materializó. De esta forma, puede concluirse que se causó un daño desproporcionado a la reclamante al no haberse valorado convenientemente el riesgo, teniendo en cuenta que la administración como decimos no ofrece ninguna explicación sobre la decisión de continuar con la práctica de la CPRE ante el evidente peligro de causar daño por la presencia del divertículo.

Además, aun cuando la perforación estuviera prevista como riesgo genérico en el consentimiento informado que se firmó, la materialización del riesgo por imprudencia ante la presencia inesperada de un divertículo,

supone la concurrencia de la antijuridicidad, pues el hecho de que exista consentimiento informado con previsión del riesgo no exime de indemnizar en presencia de mala praxis, dado que el paciente presta su consentimiento a una actuación arriesgada, pero no imprudente; la interpretación contraria, supondría confundir el consentimiento informado con un derecho a la irresponsabilidad. En este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000, recurso 5078/1997, “*El título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por la actividad administrativa por funcionamiento normal o anormal de los servicios puede consistir no sólo en la realización de una actividad generadora de riesgo, como parece suponer la parte recurrente, sino que también puede radicar en otras circunstancias, como es, singularmente en el ámbito de la asistencia sanitaria, el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo. Esta inadecuación, como veremos que sucede en este proceso, puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado, sino también por incumplimiento de la lex artis ad hoc o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada.*”

Por otro lado, en el documento de consentimiento informado firmado por la reclamante, no estaba contemplada como un riesgo específico la mayor posibilidad de una perforación intestinal dada la existencia de un divertículo, de lo que obviamente la reclamante no pudo tener conocimiento puesto que se apreció durante la realización de la CPRE. De este modo, el riesgo asumido por la administración excedía del consentimiento prestado por la reclamante, lo que nos obliga a concluir que la prestación sanitaria se desarrolló en ausencia de consentimiento.

No puede olvidarse que tal y como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio 2008 (recurso 4415/04) con cita de la de 1 de febrero de 2008, el consentimiento informado no es una mera formalidad, sino que “*El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos*”. Por su similitud con el caso planteado puede citarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 octubre de 2010, JUR 2010\393479, cuando señala que “*Debe considerarse que en el presente caso, no existió un consentimiento libre, voluntario y completo en la realización de la intervención quirúrgica CREP, puesto que no pudieron ofrecerse todos los parámetros de relevancia de interés a la hora de adoptar la decisión, invalidando con ello, no solo la información previa dada al paciente sino también la información y consentimiento que se dice solicita a la familia en el curso de la intervención*”.

Respecto del abordaje del daño una vez el mismo se presentó, del expediente administrativo, se deduce que fue correcto, recuperándose la paciente de varias situaciones críticas descritas en su historia clínica, como un fracaso renal agudo y un shock séptico entre otras.

Atendiendo a lo dicho, la actuación médica ha sido contraria a la *lex artis*, por lo que el daño no queda cubierto por su exposición en el correspondiente consentimiento informado, consentimiento que por otro lado conforme más arriba se ha indicado, no era correcto dada la deficiente información suministrada a la paciente.

SEXTA.-Procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RD 429/1993, emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

La reclamante no determina el importe de la indemnización solicitada, si bien manifiesta que en todo caso la misma sería superior a 300.000.-€. Este

Consejo Consultivo aplicando de forma orientativa, tal y como entre otras permite la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006, RJ 4024, el baremo contenido en el texto refundido de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre, en redacción dada por la Ley 34/2003, de 4 noviembre, y con las cuantías actualizadas por Resolución de 20 enero 2009, considera que el daño sería indemnizable en la cantidad de 125.000.-€.

Debe advertirse que si bien no se incorporan al expediente administrativo informes periciales que valoren el alcance de la incidencia que las secuelas padecidas por la reclamante hayan tenido en su estado de salud y calidad de vida, sí resulta acreditado que la misma padece diabetes mellitus a consecuencia de la perforación, pancreatitis recidivante, constando numerosos ingresos por esta causa, así como la necesidad de someterse a una intervención de eventroplastia para corregir la hernia ventral padecida. A ello deben sumarse los días que la paciente estuvo ingresada, así como lo penoso de los tratamientos a que hubo de ser sometida en todo este tiempo para salvar su vida.

De acuerdo con el baremo anteriormente citado las secuelas padecidas podrían subsumirse en las siguientes:

- . Eventraciones: 10 -20 puntos
- . Alteraciones posttraumáticas del páncreas: 1- 15 puntos
- . Trastornos endocrinos (diabetes insípida): 15-30 puntos

La eventración es objeto de reparación por parte de los servicios sanitarios de la Comunidad de Madrid, por lo que la misma puede valorarse en 12 puntos. Por su parte la diabetes mellitus se encuentra controlada, tal y como consta en la historia clínica de la reclamante, lo que unido a que no nos encontramos ante el mismo tipo de diabetes, y que se desconoce la

gravedad de la misma, permite asignar de forma prudencial a dicha secuela 15 puntos. Por último, la pancreatitis recidivante padecida podría considerarse como una alteración pancreática posttraumática a la que se asignarán 7 puntos. La suma nos da un total de 34 puntos que de acuerdo con su edad -61 años-, se valoran a 1.773.- €, lo que supondría una cantidad de 60.282.- € por este concepto.

Además, deben valorarse los días de incapacidad temporal. Consta que la reclamante estuvo hospitalizada desde el 14 de noviembre de 2006 al 9 de enero de 2007 lo que implica 56 días de hospitalización que a razón de 65,48.-€ al día arrojan la cantidad de 3.666,88.-€

Respecto de los ingresos reiterados debidos a los brotes de pancreatitis no constan todos ellos detallados y en algunos casos solo consta la fecha de ingreso pero no el alta, aunque la media de duración del ingreso parece ser de unos 5 días. Computando todos los ingresos y considerando como un solo día aquellos en que no consta el alta la reclamante estuvo ingresada otros 36 días de manera que deben añadirse 2.357,28.-€, lo que arroja un resultado de 66.306,16.-€.

Por todo lo anterior este Consejo considera que procede indemnizar prudencialmente y por todos los conceptos a la reclamante en la cantidad de 66.306,16.-€, teniendo en cuenta asimismo el daño moral invocado de la incertidumbre de la evolución de la patología crónica que padece.

ÚLTIMA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la Ley 30/1992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid 1/1983, de 13 de diciembre. Cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley, contra el que cabrá recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1 j) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por concurrir antijuridicidad en el daño e indemnizar a la reclamante con la cantidad de 66.306,16.-€.

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, 2 de marzo de 2011

