

Dictamen nº: **27/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **23.01.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 23 de enero de 2020, sobre la consulta formulada por el consejero 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. y los hermanos Dña., Dña. y D., por el fallecimiento de su esposa y madre Dña. (en adelante, “*la paciente*”), a consecuencia de una perforación intestinal que atribuyen a una colonoscopia realizada en el Hospital Fundación Jiménez Díaz de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación formulado por las personas citadas en el encabezamiento de este dictamen (en lo sucesivo, “*los reclamantes*”) con la asistencia de un abogado, registrado de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el día 27 de julio de 2017.

Los reclamantes exponen que tras una colonoscopia realizada en el Hospital Fundación Jiménez Díaz (HFJD), la paciente sufrió una perforación intestinal que atribuyen a una mala praxis por parte de los facultativos del citado hospital en el postoperatorio. Consideran que hubo

un retraso en el diagnóstico puesto que, ante síntomas compatibles con una perforación intestinal (fuertes dolores que precisaron analgésicos y posterior cuadro de cansancio tras la extracción de “*algo de aire*”) manifestados desde la finalización de la colonoscopia, los facultativos procedieron a dar el alta indebidamente a la paciente, el mismo día 9 de enero de 2017. Sin embargo, la paciente se puso cada vez peor falleciendo en su domicilio, en menos de 24 horas desde la colonoscopia.

En el escrito se manifiesta que los actos médicos reprochables son: retraso en el diagnóstico de la perforación intestinal, ya que consideran que no se le hicieron las pruebas para detectar dicha perforación y que fue dada de alta antes de tiempo. Que se ha producido un daño desproporcionado, ya que la colonoscopia generó una perforación intestinal y ésta una peritonitis aguda, causándole la muerte. Y respecto del consentimiento informado firmado por la paciente, los reclamantes señalan que la simple mención de las complicaciones posibles en dicho documento, no significa que el paciente tenga el deber de soportarlas.

Por todo ello, solicitan una indemnización de 256.068,11 euros en total, por aplicación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes en accidente de tráfico.

En posterior escrito presentado el 6 de julio de 2018, completado por otro de 23 de julio, los tres hermanos acreditaron que el 25 de mayo de 2018 falleció su padre, también reclamante, por lo que, como únicos herederos, se subrogaban en la posición de éste, en relación a la presente reclamación, en cuanto a los 185.507,33 € que del total del importe reclamado (256.068,11 €) a él correspondían. A requerimiento del instructor del expediente presentaron la documentación pertinente para acreditar su condición de herederos de uno de los reclamantes.

El escrito inicial de reclamación se acompaña con diversa documentación médica relativa a la paciente (folios 1 a 47 del expediente), autopsia realizada, libro de familia, tarjeta acreditativa de grado de discapacidad del esposo de la paciente fallecida, así como otros documentos para justificar la cuantía indemnizatoria.

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

1.-La reclamante, de 79 años de edad en el momento de los hechos, estaba siendo tratada en el citado hospital en el Servicio de Aparato Digestivo, y se determinó la realización de una colonoscopia, “*por ritmo intestinal alterante con diarrea, acompañado de molestias abdominales*”, según indica el informe del Servicio de Aparato Digestivo del HFJD.

Como antecedente significativo consta en su historia clínica que en el año 2013, en ese mismo hospital, la paciente había sido explorada con colonoscopia completa por diverticulosis.

La prueba se programó para el día 9 de enero de 2017. En esa fecha, la interesada firmó el documento de consentimiento informado para colonoscopia (folios 59 y 60), en el que se recoge en qué consiste la técnica, para qué sirve y los posibles riesgos, entre los que aparece, la perforación intestinal.

Consta en la historia clínica que el día 9 de enero de 2017, la paciente ingresa en el hospital a las 8 h; se le realiza la colonoscopia, encontrando “*en sigma orífcios diverticulares de pequeño, mediano y gran tamaño, sin signos de hemorragia ni inflamación*”, concluyendo “*Diverticulosis colónica. Regular preparación*”.

Tras la colonoscopia, la reclamante presentó dolor abdominal que precisó analgesia siéndole administrada buscapina, paracetamol, media

ampolla de tramadol y primperán. Según recoge la historia clínica en la hoja de valoración de Enfermería, en el apartado “*incidencias hospital de día*”, la paciente presentó “*muy mala tolerancia a los gases y mal control del dolor, pasa toda la mañana, es necesario la reintervención para vaciado manual de gases*”.

La paciente es dada de alta ese mismo día a las 16:46 horas. Se refleja en la citada hoja de valoración de Enfermería que a la paciente se le entregaron las recomendaciones y que “*tras realizar la prestación anteriormente descrita, el paciente (sic), ha permanecido en observación, se le han controlado las constantes vitales evolucionando favorablemente. Se le ha realizado control del despertar tras la medicación administrada presentando buena tolerancia y evolución. Al alta el paciente (sic) se encuentra orientado y con adecuada adaptación al medio. Se le entregan al paciente (sic) las recomendaciones al alta donde se le explica las precauciones que debe tener tras la prueba realizadas con la dieta, cambios en su estado general, precauciones a tomar y medicación*”.

2.- Ya en su domicilio, a las 03:43 horas del día 10 de enero, se dio aviso al SUMMA-112 porque la paciente presentaba dolor abdominal, no diarrea, poniendo de manifiesto que el día anterior se le había hecho una colonoscopia. El médico que coordinó la llamada la derivó al Centro de Urgencias del SUMMA 112. Tras dos nuevos intentos de llamadas a las 04:29 horas y en las que se cortó la comunicación, a las 04:39 horas se reitera la llamada a través de la Central de llamadas de Madrid 112 por “*mujer 79 años, síncope no recuperado, no saben si respira, vuelven a llamar parada cardiorrespiratoria. Colonoscopia hace 24 horas*”.

El médico que coordinó la llamada envía una UVI móvil. La última llamada es a las 04:46 horas: “*informando el médico coordinador que el recurso ya está en camino, dando instrucciones a los alertantes hasta la llegada de la UVI Móvil al domicilio de la paciente*”.

Consta en la documentación remitida que los trabajos de reanimación a la paciente se iniciaron a las 4:55 horas. En el informe del facultativo que la atendió se refiere que “*tras 30 minutos de reanimación cardiorrespiratoria, sin respuesta ninguna, se suspenden las maniobras*”, constatando el fallecimiento a las 5.37 horas del día 10 de enero de 2017. La paciente se encontraba en el portal de su casa porque iba a ser trasladada por sus familiares a un centro de Urgencias.

A la paciente se le practicó la autopsia (folios 31 y 32), que señala como causa de la muerte la perforación intestinal y la causa inmediata, la parada cardiorrespiratoria.

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

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la paciente en el HFJD. El referido centro hospitalario comunicó que la asistencia dispensada lo había sido en virtud del concierto suscrito con la Comunidad de Madrid.

Se ha emitido informe por el jefe del Servicio del Aparato Digestivo del referido centro hospitalario de fecha 9 de octubre de 2017, folios 57 y 58. Tras relatar que la reclamante firmó el consentimiento informado, la colonoscopia se practicó y fue informada de diverticulosis colónica; se le realizó extracción de los gases, extrayendo el aire con el endoscopio, procedimiento que es habitual para pacientes que a veces no consiguen expulsar bien el aire insuflado durante la prueba. Señala que “*durante su estancia en observación en el Hospital de día, se le controlan las constantes vitales, evolucionando favorablemente, sin presentar datos de fiebre ni otro estado que sugiera complicación aparte el dolor y la presencia de gases. La paciente acudió al baño para eliminar gases y paseó en la unidad para favorecer la expulsión de los mismos. También se le exploró el abdomen*

para ver la evolución y se comprobó que mejoraba con las maniobras realizadas. Tras la mejoría del dolor y de la exploración del abdomen se realiza control de la buena evolución y se le administra (la prueba de) tolerancia, siendo ésta adecuada, sin ningún problema en la misma”.

El informe refiere que cuando fue dada de alta (a las 16.46h) “*la paciente se encuentra orientada y con adecuada adaptación al medio*”. Se le informa, de las recomendaciones que debe seguir en relación con la dieta, cambios en su estado general (“*si dolor excesivo o fiebre debe acudir inmediatamente a urgencias*”) y precauciones a tomar.

También figura el informe del SUMMA 112 de fecha 23 de noviembre de 2017, folios 483 y ss, que refiere las horas de las llamadas recibidas, resume su contenido y la actuación realizada, tal y como hemos trascrito en el antecedente de hecho segundo 2.- de este dictamen. Adjunta los informes clínicos y de enfermería de la asistencia prestada ese mismo día (10 de enero de 2017), así como el parte de defunción.

Se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria (folios 492 y 493) que tras examinar la historia clínica de la reclamante, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, señala los riesgos de la colonoscopia que es una prueba “*invasiva, por lo que hay que tener en cuenta que como toda prueba médica presenta una serie de riesgos que conviene ser consciente de los mismos a fin de poder detectar cualquier complicación indeseable como es el sangrado, la perforación, alteraciones cardiovasculares, fuerte dolor abdominal y la muerte en casos excepcionales*”. En el caso que nos ocupa considera que lo ocurrido fue “*tal y como consta en el informe del jefe de Servicio, tras la prueba, la paciente presentó fuertes dolores abdominales que precisaron tratamiento analgésico que no fue efectivo, precisando entrar nuevamente en quirófano para la extracción manual de dichos gases. Pasadas las horas, la paciente debió mejorar lo suficiente como para ser dada de alta a las 16:46 h al*

estabilizarse las constantes, ser la exploración abdominal normal, prueba de tolerancia adecuada. De lo contrario, tal y como dice el informe, hubiera quedado ingresada para control posterior". Y concluye que "es evidente que no se detectó la perforación intestinal a su debido momento mientras estaba en el hospital, siendo dada de alta por mejoría, la cual debió mantenerse sin dar signos de alarma hasta la madrugada del día siguiente".

Consta asimismo un informe médico pericial emitido a instancias del SERMAS (folios 523 y ss) por un especialista en Cirugía y Aparato Digestivo con fecha 7 de abril de 2019. En sus conclusiones finales puede leerse que *"la paciente padecía enfermedad de colon, indicándose oportunamente una Colonoscopia diagnóstica para descartar evolución desfavorable de su diverticulosis del colon"* y que tras la realización de dicha prueba *"se tomaron todas las medidas de vigilancia establecidas según el momento evolutivo de los síntomas que padeció, dándose el alta cuando se consideró oportuno según marcan los protocolos, no hallándose indicios de conducta negligente ni mala praxis por parte del personal asistencial que le atendió"*.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a los reclamantes y al centro hospitalario. Este último formula alegaciones el 3 de julio de 2019, señalando en síntesis, que la actuación de los facultativos del HFJD fue adecuada a la *lex artis*.

Los reclamantes formularon alegaciones el 4 de junio de 2019, en las que abundan en que no se diagnosticó a tiempo la perforación intestinal, que el consentimiento informado para la colonoscopia lo firmó la paciente solo unos minutos antes de la prueba, privándosele del periodo de reflexión; y que no se entiende cómo fueron necesarias hasta tres llamadas al SUMMA 112 para que se enviara una ambulancia, y ya en la tercera, a las 4.39 h, la paciente se hallaba en parada cardiorrespiratoria.

Finalmente, el 8 de agosto de 2019 el viceconsejero de Sanidad formula la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no haberse acreditado mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada.

CUARTO.- El 16 de octubre de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial. Correspondió la ponencia del presente expediente nº 490/19 a la letrada vocal, Dña. Silvia Pérez Blanco que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 23 de enero de 2020.

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 a solicitud del consejero 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 (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC, dado que se incoó a raíz de la reclamación formulada tras su entrada en vigor.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en cuanto que han sufrido el daño moral que supuso la muerte de su esposa y madre. El fallecimiento constituye un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004, recurso 7013/2000).

Ha quedado acreditada la relación de parentesco con la fallecida, con la presentación del libro de familia. Posteriormente, los hijos se subrogan como herederos del esposo de la paciente, quedando acreditada tal condición con el certificado de defunción y copia simple del testamento otorgado ante notario de Madrid el día 10 de marzo de 2005.

Sin embargo y respecto del reproche efectuado sobre el consentimiento informado, hemos de señalar que los reclamantes no están legitimados para ello. No pueden reclamar -en nombre de la fallecida- pues el consentimiento informado es un derecho personalísimo y propio de la paciente que recibió esa información escrita y firmó ella misma el documento de consentimiento. Así, el Dictamen 15/18 de 18 de enero, 446/18 de 11 de octubre, entre otros de esta Comisión Jurídica Asesora. Ello por cuanto 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 que afecta a su salud; la finalidad de esa información es permitir al paciente tomar la decisión de someterse a la técnica médica de que se trate con conocimiento de los riesgos que pueden derivarse de la misma, según tiene declarado el Tribunal Constitucional

en la STC el Tribunal Constitucional en sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria se prestó por el hospital en virtud del convenio firmado con la Comunidad de Madrid. En este punto cabe recordar, como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. En este sentido se manifestó el entonces Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que asumió la reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8^a) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Este es el criterio que ha seguido también esta Comisión Jurídica Asesora (entre otros, en los Dictámenes 222/17 de 1 de junio, 72/18 de 15 de febrero y 219/18 de 17 de mayo).

La legitimación pasiva también la ostenta la Comunidad de Madrid, en cuanto que es titular del SUMMA 112 (Servicio de Urgencia Médica) que prestó el servicio de atención telefónica y domiciliaria requerido.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, el hecho causante de la reclamación es el fallecimiento de la paciente el 10 de enero de 2017, por lo que la reclamación formulada el 27 de julio de 2017, está presentada en plazo.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe del Servicio de Aparato Digestivo del hospital implicado en el proceso asistencial de la paciente fallecida. También ha emitido informe el SUMMA 112 que le atendió en su domicilio, y la Inspección Sanitaria. A instancia del SERMAS, se ha incorporado, igualmente, un informe pericial emitido por una especialista en Cirugía y Aparato Digestivo.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a los reclamantes y al centro hospitalario, y por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

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

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial: *“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE, un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las*

Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, “en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir

al criterio de la lex artis, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”.

CUARTA.- Partiendo de que el daño producido es la muerte de la esposa y madre de los reclamantes, pasamos a analizar el resto de los requisitos de la responsabilidad patrimonial.

Como ya hemos adelantado, los reclamantes dirigen sus reproches a la actuación del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital, en relación con la colonoscopia realizada y en concreto, al retraso de diagnóstico de la perforación intestinal y el darle de alta en el mismo día, que pudo ocasionar la muerte de la paciente, horas después.

1.-Vamos a analizar los informes que obran en el expediente y lo referido en la historia clínica respecto de este aspecto, pero partiendo de lo que consta anotado en los días 9 y 10 de enero de 2017; así, hay un informe de cinco páginas del Servicio de Digestivo (folios 374 a 378) que refiere la historia clínica (HC) de la paciente y en cuanto a la colonoscopia señala en su última página que se realizó sin complicaciones “*sin datos de hemorragia ni de inflamación*”; sin embargo, se refiere solo a la colonoscopia, sin mención alguna ni al vaciado de gases -que requirió volver a ingresar en el quirófano- ni a las circunstancias del alta. El último párrafo señala en dos líneas que “*Ha sido dada de alta (en mayúsculas). En caso de necesitar nueva atención deberá acudir a su médico de familia*”.

Si analizamos el informe médico al alta que obra en el folio 91 vemos que se refiere solo a la colonoscopia en sí, sin ninguna explicación en cuanto al alta. En el folio 93 figuran las únicas anotaciones de valoración que son de la Enfermería, respecto de la situación al alta “... *el (sic) paciente se encuentra orientada y con adaptación al medio. Se le entregan al (sic) paciente las recomendaciones al alta donde se le explica las precauciones que debe tener tras la prueba realizada relacionadas con la dieta, cambios en su estado general, precauciones a tomar y medicación*”. Previamente al alta, figura lo relativo al vaciado manual de gases: tras la cual se refiere “*el (sic) paciente ha permanecido en observación, se le han controlado las constantes vitales evolucionando favorablemente. Se le ha realizado control del despertar tras la medicación administrada presentando buena tolerancia y evolución*”.

2.-Corresponde pasar a analizar los informes realizados en 2017 a raíz de la reclamación presentada tras el fallecimiento de la paciente.

En cuanto al informe del servicio afectado, señala que la paciente era candidata al alta, ya que cumplía los criterios en ese momento evolutivo que descartaban que pudiera surgir una complicación grave; “*Nada hacía preverlo y si se hubiera sospechado, no se le hubiera dado el alta*”, ni mucho menos el desenlace fatal que luego ocurrió. El jefe de servicio señala que “*los pacientes permanecen en el hospital desde las 8 de la mañana hasta las 10 de la noche y si algún paciente necesita más tiempo para la recuperación, se remite a la observación de urgencias, por el tiempo que necesite*”.

Lo que no explica es qué sucedió después del vaciado de gases y por qué motivo si los pacientes pueden permanecer hasta las 10 de la noche o más si lo necesitan, se da de alta a la paciente a las 16.46 h (había ingresado a las 8.24 h). Aquí es donde los profesionales sanitarios deben dar una explicación razonable de la actuación con la paciente, justificando lo que en su día se realizó teniendo en cuenta que sí constan los fuertes

dolores abdominales y la medicación exacta que se le administró; sin embargo, no encontramos en la historia clínica una mínima valoración médica que justifique el alta, y en la valoración de Enfermería, solo se indica que “*al alta se encuentra orientada*”, sin especificar qué constantes vitales se le tomaron.

Por otra parte, las explicaciones que figuran en el informe realizado a posteriori, no se encuentran reflejadas previamente en la historia clínica ni en el informe del día 9 de enero en que se hizo la prueba:

“...en el Hospital de día, se le controlan las constantes vitales, evolucionando favorablemente, sin presentar datos de fiebre ni otro estado que sugiera complicación aparte el dolor y la presencia de gases. (...) También se le exploró el abdomen para ver la evolución y se comprobó que mejoraba con las maniobras realizadas. Tras la mejoría del dolor y de la exploración del abdomen se realiza control de la buena evolución y se le administra (la prueba de) tolerancia, siendo ésta adecuada, sin ningún problema en la misma”.

En cuanto al informe de la Inspección Médica, éste se basa en una suposición y no con un hecho objetivo: así, considera que lo ocurrido fue *“tal y como consta en el informe del jefe de Servicio, tras la prueba, la paciente presentó fuertes dolores abdominales que precisaron tratamiento analgésico que no fue efectivo, precisando entrar nuevamente en quirófano para la extracción manual de dichos gases. Pasadas las horas, la paciente debió mejorar lo suficiente como para ser dada de alta a las 16:46 horas. De lo contrario, tal y como dice el informe, hubiera quedado ingresada para control posterior”*. No apoya sus manifestaciones ni en la historia clínica ni en el informe del servicio del día 9 de enero, sino en el informe del servicio realizado a raíz de la reclamación de la responsabilidad patrimonial al que avala. Pero concluye con un significativo: “*es evidente que no se detectó la*

perforación intestinal a su debido momento mientras estaba en el hospital, siendo dada de alta por mejoría...”.

El hecho de que la paciente fuera dada de alta a las 16.46 horas en vez de la hora habitual que refiere el propio jefe de servicio de las 22 horas, no ha sido motivado mínimamente. Tampoco hay constancia de qué constantes vitales se le tomaron a diferencia de lo que sucedió en la colonoscopia de 2013 en que se lee en el informe (folio 85): “*frecuencia cardiaca 81, saturación de oxígeno 99%, adaptación al medio: buena*”.

Con posterioridad, no sabemos cuándo se le volvieron a manifestar los dolores abdominales (que son síntomas típicos de una perforación intestinal según se refiere en el propio documento de consentimiento informado) si por la tarde ya en su domicilio o por la noche, pues lo único cierto es que se le manifestaron de madrugada en que se llamó al 112.

El informe encargado por el SERMAS que ciertamente es un informe pericial de parte por un especialista, señala respecto del momento del alta “*Constan en las hojas de evolución que cumplieron las medidas de vigilancia estrictas según marcan los protocolos. Que al alta la paciente había mejorado de la sintomatología con las medidas tomadas, que estaba hemodinámicamente estable, con dolor controlado con analgesia...*” . Pero reiteramos que no lo apoya en datos objetivos que estuvieran constatados en la historia clínica, sino en lo que manifiesta tanto el informe del servicio afectado como el de la Inspección.

Por ello, el informe de la Inspección Médica al que solemos otorgar la máxima eficacia probatoria, en este caso, no resulta suficiente por su falta de detalle a la hora de analizar el momento clave que es el alta de la paciente y basarse en una suposición de que la paciente “*debió mejorar lo suficiente como para ser dada de alta a las 16:46 h*”, pero no es un hecho que haya podido ser constatado y respecto del cual, el HFJD no ha dado una mínima explicación.

Así pues, como viene recogiendo esta Comisión en dictámenes como el 503/19, de 22 de noviembre y el 116/19, de 21 de marzo, procedería la valoración conjunta de todos los elementos probatorios incorporados al expediente.

En este caso, los reclamantes no han aportado prueba alguna más allá de cierta documentación médica, a la que han de sumarse los informes del servicio supuestamente causante del daño y el de la Inspección Sanitaria. Ahora bien, como señalamos en nuestro dictamen 551/19 de 19 de diciembre (relativo precisamente a un alta hospitalaria que se estimó precipitada) el que tales informes sean de especial relevancia y, singularmente el de la Inspección por su profesionalidad e independencia, tal y como hemos reconocido en múltiples dictámenes, no quiere decir que esta Comisión esté vinculada por sus opiniones, sino que ha de valorarlos con arreglo a la sana crítica en el marco, como decimos, de una valoración conjunta de la prueba.

Como indica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de marzo de 2017 (rec. 868/2013) en un supuesto en el que la Sala se aparta de la opinión de la Inspección Sanitaria y de los informes periciales evacuados en el procedimiento:

“Dado que en este proceso se han practicado varias pruebas periciales, se ha de añadir que las mismas expresan el juicio o convicción de los peritos con arreglo a los antecedentes de que disponen, por lo que no prevalecen sobre otros medios de prueba. Al no existir reglas generales pre establecidas para valorarlas, se ha de estar a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios, aunque es claro que su fuerza de convicción reside en gran medida en la cualificación técnica de los peritos, y en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes, y en la fundamentación y coherencia interna de sus informes o dictámenes. Como en el

expediente administrativo también obra informe de la Inspección Sanitaria, añadiremos que el mismo se ha de ponderar como elemento de juicio en la valoración conjunta de la prueba, y que su fuerza de convicción deriva de la circunstancia de que la Inspección informa con criterios de profesionalidad e imparcialidad, así como la objetividad, coherencia y motivación del informe”.

Como es obvio esta Comisión, al igual que ocurre con los tribunales de justicia, carece de conocimientos médicos pero ello no supone sin más, que deba aceptar los criterios de la Inspección, de los servicios sanitarios de la Administración o de los posibles informes periciales que se aporten al procedimiento, sino que es a partir de ellos de los que ha de formar su criterio en cuanto a qué hechos se han probado, cuáles no y quien debe soportar los efectos de la prueba o no de tales hechos.

En consecuencia y como antes apuntábamos, al no haber quedado justificado en la historia clínica el alta de la paciente -fallecida horas después- y no haberse dado una explicación razonable a posteriori en los informes, procede la estimación parcial de la reclamación.

QUINTA.- El resto de los reproches de los reclamantes han de analizarse y desestimarse, lo cual hacemos a continuación:

En cuanto al reproche relativo a que la perforación intestinal (y la posterior muerte) de la paciente es un “*daño desproporcionado*” para una prueba como la colonoscopia, se responde que si así fuera, no estaría previsto y advertido como riesgo en el consentimiento informado. La jurisprudencia de los tribunales señala que no puede aducirse daño desproporcionado si el riesgo estaba contemplado en el documento de consentimiento informado firmado por el paciente.

De esta forma, para determinar si estamos o no ante un daño desproporcionado habrá que examinar el documento firmado para determinar si tenía conocimiento del riesgo de la perforación del colon,

que después se materializó. Si leemos el folio 59, vemos como figura entre los “riesgos frecuentes: *la hemorragia y la perforación del colon*” y advierte que “*estas complicaciones pueden requerir tratamiento urgente e incluso una intervención quirúrgica*”. Y entre los riesgos poco frecuentes, se refieren los que “*conllevan un riesgo de mortalidad*”.

La teoría del “*daño desproporcionado*” viene a aplicarse a supuestos en que lo sucedido a un paciente, no guarda relación alguna con el tipo de intervención que se le realiza, y por el contrario, en nuestro caso, la perforación intestinal es una posible consecuencia (no deseada) de la prueba de la colonoscopia, contemplada expresamente en el consentimiento informado firmado. En cuanto a la muerte está contemplada como posible (en un porcentaje mínimo), como así lo refieren tanto el jefe del Servicio responsable en su informe, como la Inspección Médica.

El dictamen 404/19, de 17 de octubre, de esta Comisión Jurídica Asesora recoge la jurisprudencia más reciente sobre la teoría del daño desproporcionado, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), que señala: «*El daño desproporcionado tiene lugar en los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención, en conexión con los padecimientos que se tratan de atender. Como se declara en la sentencia de 6 de abril de 2015 (recurso 1508/2013), "la doctrina del daño desproporcionado" o "resultado clamoroso" se aplica cuando tal resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible -por su desproporción- ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuridicidad (...). De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución*».

Por tanto, esta teoría no es de aplicación a nuestro caso, al estar previsto el daño en el consentimiento informado por ser la perforación intestinal un riesgo inherente de la colonoscopia.

Finalmente, en el escrito de alegaciones de los reclamantes parece añadirse por su asistencia letrada, un nuevo reproche, en el sentido de que la UVI móvil no se movilizó hasta la tercera llamada. Pues bien, aparte de que la Inspección Médica no hace ninguna manifestación sobre un posible retraso en la atención prestada en el domicilio de la paciente, tal y como se refiere en el informe del SUMMA 112, la UVI se movilizó y la paciente fue atendida en su domicilio con maniobras de reanimación. En el citado informe se contienen las conversaciones realizadas (que hemos trascrito con anterioridad) y que desde el propio centro coordinador se realizó una llamada a las 4.46 h *“informando que el recurso ya está en camino, dando instrucciones a los alertantes hasta la llegada de la UVI Móvil al domicilio de la paciente”*. Por ello, entendemos que el protocolo de atención se cumplió.

SEXTA.- Una vez señalado el motivo por el cual ha de estimarse la reclamación que es no diagnosticar la perforación intestinal a tiempo, dando de alta a la paciente a las 16.46 h y sin explicación que lo motive, procede entrar a valorar el quantum indemnizatorio.

Pues bien, dado el carácter meramente orientativo del baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, según ha reconocido esta Comisión en diversos dictámenes (por todos, el Dictamen 101/17, de 9 de marzo), entendemos que procede indemnizar por una pérdida de oportunidad, 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*”.

No podemos conjeturar qué habría pasado si se hubiera mantenido a la paciente en el hospital, si hubiera fallecido allí por la perforación intestinal o no, porque se la hubieran podido tratar de inmediato y salvar la vida. Por ello, 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 6 de abril, 340/18 de 19 de julio y 450/19, de 7 de noviembre, que el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido (muerte) y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió, teniendo en cuenta que la paciente estaba a unos meses de cumplir 80 años y tenía ya diagnosticada desde hacía años, diverticulosis.

En este caso, tras ponderar las circunstancias del asunto examinado, teniendo en cuenta la dificultad que entraña valorar la privación de expectativas para esa paciente, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una cantidad global de 20.000 euros, cantidad que debe considerarse ya actualizada.

El reconocimiento de una cantidad global sin aplicar el baremo de accidentes de tráfico ha sido el criterio acogido 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 136/18, de 22 de marzo, entre otros). En los mencionados 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 en un caso parecido de

pérdida de oportunidad rechaza la aplicación del baremo respecto al que destaca “*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, a tenor de la STS 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, 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, como hace la Sentencia de 23 de febrero de 1988, “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 formulada por apreciarse una pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria prestada al familiar de los reclamantes y reconocer una indemnización global y ya actualizada de 20.000 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 23 de enero de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 27/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid