



Sr. Madrid López, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero y
Ponente

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 12 de febrero de 2009, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 12 de enero de 2009, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh1, de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 15 de enero de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 28/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Estella Hoyos.

Primero.- El 27 de julio de 2006, D. xxxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.



En su escrito expone que, tras ser derivado al Servicio de Aparato Digestivo de dicho Hospital, le fue realizada una colonoscopia que le produjo una perforación de colon, de la que tuvo que ser intervenido de urgencia, requiriendo hospitalización y asistencia médica posterior.

Reclama por el daño emergente, lucro cesante y daños morales ocasionados, la cantidad conjunta de 20.000 euros.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe del Servicio de Medicina Interna, Sección de Digestivo, del Hospital hhhh1 de xxxx1, que atendió al paciente; dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora; e informe de la Inspección Médica de 26 de noviembre de 2007, que concluye señalando que en el documento de consentimiento informado suscrito por el paciente consta que uno de los riesgos de la colonoscopia y resección de pólipos realizada es la perforación intestinal, que fue abordada adecuadamente.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia, no se formulan alegaciones.

Cuarto.- Consta en el expediente escrito de fecha 3 de marzo de 2008, firmado por el Jefe de Servicio de Inspección, comunicando el rechazo de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Obra también documentación acreditativa de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación tácita de la reclamación planteada.

Quinto.- El 18 de noviembre de 2008, la Dirección General de Administración e Infraestructuras formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación formulada.

Sexto.- El 27 de noviembre de 2008, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente dicha propuesta.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.



II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que la interesada presenta la solicitud de indemnización (27 de julio de 2006) hasta que se formula la propuesta de resolución (18 de noviembre de 2008). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consta



que se formuló el 27 de julio de 2006, es decir, antes de transcurrir un año desde la realización de la prueba diagnóstica, el 6 de septiembre de 2005.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.
- b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.
- c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o actividad en cuyo ámbito se produce el daño.
- d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- e) Ausencia de fuerza mayor.
- f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.



No obstante, la jurisprudencia ha venido modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*; mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, es necesario valorar si la asistencia prestada al interesado resulta ajustada a las exigencias de la *lex artis*; y si recibió una adecuada información sobre la intervención quirúrgica a la que fue sometido, así como los riesgos derivados de la misma.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de afirmar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si se produjo un ejercicio



inadecuado de la *lex artis*, para lo cual hay que partir del análisis de los informes médicos incorporados al expediente.

El informe de la Jefa de la Sección de Aparato Digestivo, de fecha 31 de octubre de 2006, indica que se practicó al paciente una colonoscopia y resección endoscópica de pólipos en el colon. Como resultado de dicha actuación médica se resecaron dos pólipos.

Continúa diciendo el informe que “la realización de la técnica transcurrió aparentemente con normalidad, sin que haya constancia de complicaciones inmediatas. Por otra parte, el documento de consentimiento informado está firmado tanto por el paciente como por la doctora que realizó la técnica. En dicho documento se hacen constar los riesgos de la colonoscopia, indicándose que ‘se pueden producir hemorragias o perforaciones intestinales’ y también que ‘si se resecan pólipos, el riesgo de la hemorragia o perforación es mayor que el de la colonoscopia aislada”.

En el citado informe se pone de manifiesto que el paciente no sólo fue objeto de una colonoscopia, sino que también se le practicó una resección de pólipos que supone un mayor riesgo, tal y como se recoge en el consentimiento informado, de fecha 6 de septiembre de 2005, que aparece debidamente firmado.

El informe de la Inspección Médica, de fecha 26 de noviembre de 2007, señala que los posibles riesgos de la intervención a la que fue sometido el paciente figuran en el documento de consentimiento informado para colonoscopias que obra en la historia clínica, en el que también se recoge la técnica a utilizar, indicando que si durante la exploración se detectara la existencia de pólipos, se pueden retirar utilizando un catéter con forma de lazo, al que se le aplica corriente eléctrica, para producir el corte del pólipo, los cuales se extirpan por su posterior degeneración maligna, tras la cual es habitual expulsar pequeños restos de sangre.

Como riesgos de la exploración se expone que “la colonoscopia tiene complicaciones muy poco frecuentes, pero que pueden requerir tratamiento médico o quirúrgico urgente. Los problemas más frecuentes son reacciones a la medicina administrada, pero también se pueden producir hemorragias o



perforaciones intestinales, e incluso excepcionalmente parada cardio-respiratoria.

»Si se resecan pólipos, el riesgo de hemorragia o perforación es mayor que el de la colonoscopia aislada. Pero el riesgo es mucho menor que si se tuviera que operar para retirarlos”.

El dictamen médico de la Compañía aseguradora, de fecha 12 de febrero de 2008, describe en que consiste la colonoscopia, indicando que está contraindicada en caso de infarto de miocardio en estadio agudo, colitis ulcerosa fulminante, megacolon tóxico, colitis isquémica grave, diverticulitis aguda, peritonitis y primer trimestre de la gestación. Analiza sus riesgos, entre los que se encuentra la perforación; y, centrándose en el paciente que formula la reclamación, concluye que no hubo infracción de la *lex artis*, puesto que se le aplicó la técnica correcta; indica igualmente que la colonoscopia, aun hecha por los endoscopistas más expertos, tiene un riesgo de perforación de un 2%, en colon normal, sin que por ello deba considerarse una mala praxis, sino un accidente inherente a la técnica.

Durante la realización de la colonoscopia -técnica no contraindicada para el paciente- se observaron pólipos, por lo que se utilizó la técnica adecuada, esto es la extirpación, no produciéndose complicaciones inmediatamente. Es a las 24 horas cuando el paciente ingresa por dolor abdominal y se observa la perforación del colon, la cual fue tratada de forma correcta.

Por todo lo expuesto, se estima que no se logra probar que haya existido una negligencia médica en la intervención quirúrgica dispensada al paciente.

Respecto del riesgo sufrido, como ya se expuso, se encuentra dentro de las complicaciones descritas para los procedimientos terapéuticos realizados.

El paciente recibió una información adecuada, tanto por escrito como verbalmente, sobre la intervención quirúrgica a la que se iba a someter y prestó su consentimiento debidamente firmado con fecha 6 de septiembre de 2005, lo que consta en la historia clínica.



En los documentos del consentimiento informado figura, entre los posibles riesgos de la intervención quirúrgica a la que fue sometido, la posibilidad de que se produzca una perforación intestinal.

El consentimiento informado se define en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, 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 afecte a su salud".

El artículo 4 señala a su vez que: "La información deberá extenderse como mínimo a la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias".

Por lo tanto, la actuación médica se llevó a cabo previa información y consentimiento del paciente. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, la conjunción de un riesgo no extraño a la intervención y el consentimiento informado determinan que el daño no sea antijurídico, siempre que no se pruebe la existencia de negligencia médica.

Al respecto ha de tenerse en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 20 de diciembre de 2007): "A estos efectos haremos mención a la doctrina de esta Sala sobre la exigencia de tal consentimiento. Por todas citaremos la Sentencia de 10 de octubre de 2007 donde decimos:

»El art. 10 de la Ley General de Sanidad 14/86, expresa que toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (apartado 5); a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención (apartado 6) excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o



personas a él allegadas [letra b)]; y, finalmente, a que quede constancia por escrito de todo su proceso (apartado 11).

»Se da así realidad legislativa al llamado consentimiento informado, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas.

»La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal pone de manifiesto el carácter consustancial que el elemento de la información tiene con la prestación de consentimiento en relación con la disposición de los datos personales, pues en el artículo 3 .h) define el consentimiento del interesado como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen» y en el artículo 11.3 dispone que «Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar».

»Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

»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. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben



seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.

»Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad.

»Del mismo modo esta Sala entre otras en su Sentencia de 21 de Marzo de 2007 ha señalado que si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar una decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir, es necesario que el documento en que se presta el consentimiento por el paciente no constituya un simple documento de consentimiento informado genérico, sino que se adecue a las necesarias exigencias de concreción en cuanto a la específica operación quirúrgica a la que aquel paciente va a ser sometido.

»La Sala de instancia tiene por probado que no consta consentimiento escrito para llevar a cabo dicha intervención, pero se remite a las declaraciones obrantes en el expediente en que uno de los médicos dice que explica a la paciente las posibilidades ventajas e inconvenientes de uno y otro modo de tratamiento y que acepta cirugía. De dicha declaración la Sala de instancia tiene por probado que se informó a la paciente, aun cuando de forma verbal, de los riesgos de la operación, y de tal hecho probado, que no ha sido



combatido en forma por la actora, debe partir esta Sala, pues probada una información, aun cuando fuera verbal, sobre los riesgos de la intervención quirúrgica, debe concluirse que se dio cumplimiento a las exigencias de la Ley General de Sanidad 14/86 en su art. 10.5 y 6 a la sazón vigente, ya que como hemos expuesto, no cabe excluir de forma radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito”.

En conclusión, la intervención se realizó conforme a la *lex artis ad hoc*, utilizándose las técnicas más adecuadas al respecto y reconociéndose la posibilidad de existencia de riesgos, como así se manifestó al paciente, lo que supone que el deber jurídico de soportar el riesgo recae sobre el mismo. Si el paciente, como es el caso, ha sido suficientemente informado de los riesgos que se derivan del acto clínico y ha autorizado la realización del mismo, puede afirmarse que el daño acaecido carece de la nota de antijuricidad, siempre que no se haya probado que existió negligencia en la asistencia sanitaria prestada.

6ª.- En cuanto a los daños morales, la jurisprudencia viene exigiendo que éstos, cuando concurren y se soliciten, deben valorarse de forma suficientemente motivada y justificada sobre la base de las pruebas en las que se funde la existencia misma del daño; y aunque su existencia pueda no admitir o exigir prueba, sí la admiten -y debe exigirse- los hechos y circunstancias en que se basa la existencia del daño. En este sentido cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2003, recaída en el recurso núm. 7.508/1998, y de 10 de diciembre de 2002, recaída en el recurso núm. 3.865/2001.

7ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores y habida cuenta que el interesado ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta, por silencio administrativo, denegatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

Por último, ha de ponerse igualmente de manifiesto que la tardanza en resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial -no justificada, puesto que hemos de recordar que desde que fue interpuesta la reclamación ha transcurrido con creces el plazo de seis meses que tiene la



Administración para resolver-, trae consigo molestias y posibles perjuicios no sólo al interesado, al obligarle a acudir a la vía judicial con los gastos que ello conlleva de forma inexcusable de procurador y abogado, entre otros, sino también a la Administración de Justicia con procedimientos que no deberían haberse ni siquiera iniciado, así como al personal encargado de la defensa de la Administración demandada.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh1, de xxxx1.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.