



Sr. Velasco Rodríguez, Presidente en funciones

Sr. Rey Martínez, Consejero y Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 2 de agosto de 2012, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. zzz1, D. zzz2, Dña. zzz3, D. zzz4, Dña. zzz5 y Dña. zzz6*, 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 28 de junio de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. zzz1, D. zzz2, Dña. zzz3, D. zzz4, Dña. zzz5 y Dña. zzz6, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. mmm en el Hospital hhhh1 de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite, con fecha 28 de junio de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 422/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Decreto 17/2012, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

Primero.- El 16 de noviembre de 2009 Dña. zzz1, D. zzz2, Dña. zzz3, D. zzz4, Dña. zzz5 y Dña. zzz6 presentan en el registro de la Oficina de Empleo de



xxxx2 una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a su madre Dña. mmm en el Hospital hhhh1 de xxxx1.

Exponen en su escrito que al realizar a Dña. mmm una manometría anal sin el debido cuidado, se le causó una perforación del sigma que pasó inadvertida. En el Servicio de Urgencias se erró en el diagnóstico, lo que provocó un retraso en el tratamiento de 50 horas, que ocasionó que la paciente tuviera un *shock* séptico grave e irreversible que desembocó en la muerte.

Cuantifica el importe de la indemnización solicitada en 150.000 euros.

A requerimiento de la Administración presentan copia del Libro de Familia y del testamento de su madre.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica del paciente, entre otros, los siguientes documentos:

- Informe del Jefe de Sección de Aparato Digestivo de 14 de diciembre de 2009, en el que señala que, aunque no conste en el consentimiento informado, sí existen riesgos asociados a la práctica de las manometrías, que la facultativa que la practicó tiene gran experiencia y que la paciente fue remitida a su domicilio asintomática. Concluye que deberían adaptarse los consentimientos informados de esta técnica e incluir este riesgo específico. Se adjunta amplia bibliografía.

- Informe del Jefe de Servicio de Cirugía de 16 de diciembre de 2009, en el que se indica:

“(...) en la madrugada del día 16 de enero de 2009 se requirió por parte de UCI la valoración quirúrgica de dicha paciente, que se encontraba ingresada en Medicina Interna y que presentaba un cuadro de sepsis de origen abdominal. Valorada la situación clínica y los hallazgos radiológicos y una vez estabilizada y remontados sus trastornos de coagulación se procedió de forma inmediata, esa misma madrugada, a la intervención quirúrgica urgente, informando a sus familiares (como consta en la hoja de consentimiento informado) de la extrema gravedad de la paciente incluida la posibilidad de exitus.



»En los hallazgos de la laparotomía se observó una peritonitis fecaloidea difusa secundaria a perforación de sigma y una isquemia a nivel de ileon terminal realizándose resección de los segmentos afectados, lavados, drenaje, etc.

»Con fecha 28 de enero de 2009 se procedió a una reintervención urgente para drenar un absceso a nivel subfrénico izquierdo.

»A la vista de lo expuesto y revisada la historia clínica concluimos que la actuación del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo se realizó con la máxima celeridad, cumpliéndose en todo momento los protocolos y pautas de actuación establecidos en este tipo de procesos”.

- Informe de la Inspección Médica de 12 de noviembre de 2010, en el que se concluye:

“1.-Dña. mmm presentó prolapso rectal recidivante, que precisó tratamiento quirúrgico. En el estudio preoperatorio y postoperatorio de este proceso se realizó valoración funcional anorrectal mediante manometría, siguiendo los protocolos habituales.

»2.-La manometría anorrectal es una técnica con muy bajo riesgo de complicaciones, de forma que en los documentos de Consentimiento Informado que se usan en el Servicio Nacional de Salud es habitual que no se recoja ninguna.

»En el consentimiento que firmó la paciente no constaba ningún riesgo en esta prueba. Sin embargo están descritas complicaciones muy poco frecuentes, pero graves como perforación intestinal y sangrado que sí son recogidos en consentimientos utilizados en otros países, como Estados Unidos, según recomendaciones de sus sociedades científicas.

»3.- No hay datos de que en la realización de la manometría efectuada a Dña. mmm existiera ninguna mala praxis, teniendo la médico especialista gran experiencia en esta técnica.



»4.-La atención médica que se le prestó a Dña. mmm durante su atención en el Servicio de Urgencias del Hospital hhhh1 y en la planta de Medicina Interna durante un ingreso siguió los criterios médicos adecuados, se le realizaron las pruebas pertinentes y no puede achacarse la demora en el diagnóstico a malas prácticas por parte de los médicos actuantes.

»La ausencia de datos clínicos y en las exploraciones complementarias (analítica urgente, radiografías de tórax y abdomen, ecografía, ECG), que orientaran hacia la perforación intestinal fue el motivo del retraso en el diagnóstico, ya que le fueron efectuados los estudios que eran adecuados para la valoración del cuadro de dolor abdominal que presentaba. Por otra parte, dada la rareza de las complicaciones de la manometría anorrectal, la perforación intestinal no era un diagnóstico de sospecha inicial.

»5.-No se valora la existencia de mala *praxis* en la atención médica prestada a la paciente y las actuaciones realizadas han seguido la *lex artis*".

Tercero.- El 2 de diciembre de 2009 se nombra instructora del procedimiento.

Cuarto.- Consta en el expediente la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la presente reclamación, su admisión a trámite por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y la remisión del expediente administrativo a dicho órgano judicial.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia, el 28 de junio de 2011 comparece Dña. zzz3 y obtiene copia parcial del expediente administrativo.

El 11 de julio de 2011 D. yyyy, en nombre de la parte reclamante, presenta alegaciones en las que reitera su pretensión.

Sexto.- El 20 de febrero de 2012 la Dirección General de Asistencia Sanitaria de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación presentada.



Séptimo.- El 6 de junio de 2012 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 Primera emitir el dictamen, según lo establecido apartado tercero 1. f) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la 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 se presenta la reclamación (16 de noviembre de 2009) hasta que se formula la propuesta de orden (20 de febrero de 2012). 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.

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 la 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.

5ª.- La presunción favorable a la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración que puede generar un mal resultado o lesión, cuando ésta -por su desproporción con lo que es usual en otros casos, según las reglas de la experiencia y el sentido común- revele una posible negligencia en los medios empleados según el estado de la ciencia, o el descuido en su utilización, hace que los principios generales aplicables a la carga de la prueba se excepcionen, o se apliquen con las matizaciones precisas.

Así, ante ciertos hechos objetivos puede presumirse la existencia de responsabilidad, aun no probada de forma directa, cuando las circunstancias del caso y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar una quiebra de la *lex artis*, por la anormalidad de las consecuencias según el estado actual de la ciencia y una conducta profesional diligente.

La doctrina y la jurisprudencia han creado para estos supuestos la "teoría del daño desproporcionado", "daño exagerado", o culpa virtual (conocida también con la locución latina *res ipsa loquitur*) aplicable a "aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas" (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007). Se citan como antecedente numerosas Sentencias del mismo Tribunal, como las de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 23 de noviembre y 30 de diciembre de 2002, 30 y 31 de enero y 8 de mayo de 2003.

Cuando en la prestación de la asistencia médico-sanitaria se produce un daño desproporcionado se genera una presunción favorable a la culpabilidad del autor del daño. En tales casos, la carga de la prueba no recae sobre el paciente, que siempre se encuentra en una clara situación de desventaja para



demostrar la existencia de una posible negligencia, sino sobre el profesional, que es quien debe probar su actuación conforme a la *lex artis*.

Esta doctrina del daño desproporcionado o daño exagerado ha sido introducida en el Derecho norteamericano bajo el principio de la *circumstantial evidence*; en el alemán, a través de la regla del *anscheinsbeweis* (apariencia de prueba); en el francés a través de la *faute virtuelle* (culpa virtual) y, asimismo, en la italiana ("prueba de presunciones"). La *Cour de Cassation* francesa aplicó por primera vez esta teoría en un supuesto enjuiciado en el año 1960 en materia de responsabilidad médica, por los daños que sufrió un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X. Desde el año 1996 fue acogida por nuestro Tribunal Supremo, en un principio por la Sala Primera, entre otros para casos similares al presente.

La doctrina la configura como un instrumento orientado a la supresión de las frecuentes dificultades probatorias con que se encuentra el paciente reclamante por una posible responsabilidad médico-sanitaria. No obstante, la propia jurisprudencia se encarga de precisar que, con su aplicación, no se trata de que opere una total inversión en la carga de la prueba, dado que la Administración Sanitaria puede acreditar la aplicación por su parte de todas las medidas de seguridad exigibles y la adecuación de su actuación a las reglas de la *lex artis* y explicar la razón por la que, pese a aquellas medidas, se produjo un daño desproporcionado inevitable.

Por ello, el daño desproporcionado nunca debe equipararse al "riesgo típico" de la intervención (normalmente contenido en el consentimiento informado de forma más o menos genérica), de modo que, si a pesar de una técnica quirúrgica impecable se materializa el denominado "riesgo típico" del que el paciente fue oportunamente informado y que se produjo por causas inevitables, o si el profesional médico ajusta su actuación a los parámetros de la *lex artis ad hoc*, no habrá ningún tipo de responsabilidad, ni resultará aplicable, en consecuencia, la teoría del daño desproporcionado (por todos, Dictámenes de este Consejo Consultivo 355/2005, 1.054/2007 y 919/2009, ante complicaciones y/o secuelas típicas y frecuentes en un determinado acto médico).

Esta teoría tampoco supone una total inversión de la carga de la prueba, porque quien reclama necesariamente ha de probar la existencia del daño, su



carácter desproporcionado y, lógicamente, la relación de causalidad con la intervención sanitaria. A la Administración frente a la que se reclama le corresponde la posible prueba sobre la interferencia en la relación causal de otros elementos o circunstancias imprevisibles o incontrolables que pudieran haber determinado el resultado dañoso. En este sentido pueden citarse los Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 67/2008, que se refiere a un problema de cicatrización de la paciente tras una intervención quirúrgica, más frecuente en fumadores y obesos, y 25/2007, que estudia una reclamación por el desarrollo de una algodistrofia simpático refleja, de etiología desconocida, prevista como complicación posible en cualquier intervención o traumatismo, tratándose de una respuesta “idiosincrásica, impredecible, inevitable, y desproporcionada ante un trauma, en este caso el que necesariamente supone toda actuación quirúrgica por simple que ésta sea”).

Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 concluye que la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí sola la existencia de responsabilidad sanitaria, sino “la exigencia (...) de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida”. Por otro lado, si se materializa un riesgo típico del que el paciente no ha sido oportunamente informado, entonces el centro sanitario implicado será responsable, pero no en virtud de la teoría del daño desproporcionado, sino en virtud de la omisión del consentimiento informado.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007 señala que la teoría tiene su razón de ser ante la realidad de un daño que excede notoriamente de los que comparativamente quepa estimar como consecuencia asumible de una intervención médica -sobre el que siempre habría de darse previamente información para obtener el consentimiento del paciente, que aceptaría así el riesgo de su producción-, lo que provocaría que deba inducirse que existió mala praxis médica o insuficiencia de los medios empleados.

Dice dicha Sentencia: “la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (*res ipsa loquitur*, la cosa habla por sí misma) en tanto no son refutados (*facta refutanda* o hechos necesitados de refutación según la retórica



clásica), de tal suerte que la ponderación de los resultados en su misma existencia, habida cuenta de las circunstancias de todo tipo concurrentes, lleva a la conclusión de que se han omitido los medios necesarios para evitarlos si no se demuestra lo contrario por quien está en condiciones de hacerlo" (...) "se trata de aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas"

6ª.- En el presente caso, una intervención aparentemente sencilla (manometría) y sin riesgos de complicación produjo una perforación intestinal (complicación no prevista en el consentimiento informado aunque sí en la literatura médica) que desemboca, tras el retraso en llegarse al diagnóstico, en la muerte de la paciente.

La propuesta de resolución mantiene que la valoración de una paciente con dolor abdominal agudo es compleja y que el antecedente de la prueba realizada, por su bajísimo riesgo de complicación, no ayudaba a llegar al diagnóstico correcto. No obstante, en el expediente se constata que los facultativos sí conocen la literatura médica que refiere la posibilidad de perforaciones al realizar este tipo de manometría, - al menos así lo informan tras la reclamación de responsabilidad patrimonial- por lo que, una vez causado el daño, no parece justificado el retraso en el diagnóstico correcto. Los facultativos debieron extremar su diligencia para dar una solución a la patología a la que, según la parte reclamante, no dieron el carácter de urgencia vital, cuando precisamente su desarrollo permisivo provocó el shock séptico y el posterior fallecimiento.

Es incongruente el razonamiento de la Administración. No puede justificarse el resultado por el hecho de que, al realizar la intervención, pueden producirse perforaciones. Si es un resultado o una consecuencia típica de la manometría debería estar prevista en el consentimiento informado -como está previsto en otros países, como Estados Unidos, según recomendaciones de sus sociedades científicas- y no justificaría que no se llegara rápidamente al diagnóstico correcto, más si se conoce esta posibilidad.



Por ello se está en una situación en la que la intervención sanitaria trae como consecuencia un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comportaba la intervención inicial y en relación con el padecimiento al que se dirigía la prestación sanitaria.

Este cúmulo de circunstancias determina que el funcionamiento del servicio público de sanidad pueda presumirse incorrecto y la atención sanitaria prestada inadecuada, lo que permitiría apreciar la existencia del correspondiente nexo de causalidad.

7ª.- En cuanto a la valoración del *quantum* indemnizatorio, la parte reclamante dice seguir el criterio marcado por el baremo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre; al día de hoy sus cuantías han sido actualizadas por la Resolución de 24 de enero de 2012 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Como consecuencia de sus cálculos, sin indicar los criterios utilizados, en la reclamación presentada solicita 62.465,68 euros, cantidad que posteriormente eleva a 150.000 euros, al añadir los daños morales causados.

A este respecto la jurisprudencia ha declarado que pueden utilizarse de forma orientativa los referidos baremos, aunque debe advertirse que sus tablas indemnizatorias incluyen expresamente los daños morales, por lo que no son susceptibles de consideración separada y acumulada. Por ello, a la vista de lo expuesto se considera que la estimación ha de ser parcial.

En el presente caso, al desconocerse los criterios de valoración utilizados y, en concreto, si concurre algún factor de corrección de los previstos en la tabla II del baremo, la indemnización deberá determinarse en expediente contradictorio instruido al efecto, sin perjuicio de que el importe de la indemnización se actualice a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

8ª.- Al constar que el interesado ha interpuesto un 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.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos del cuerpo del presente dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. zzz1, D. zzz2, Dña. zzz3, D. zzz4, Dña. zzz5 y Dña. zzz6, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. mmm en el Hospital hhhh1 de xxxx1.

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