



Dictamen 279/2014

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 6 de octubre de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmo. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 6 de febrero de 2014, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 31/14), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 22 de diciembre de 2009 (según la propuesta elevada pues no es visible la fecha), x, asistida por el letrado x, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios sobre la base de los siguientes hechos, según expone:

- La paciente, de 56 años de edad, madre de cuatro hijos, con antecedentes de taquiarritmia tipo Wolf parkinson White, ingresó el día 13 de mayo de 2008 en el Servicio de Digestivo del Hospital Santa María del Rosell, de Cartagena, para estudio de dolor abdominal.
- Fue sometida a valoración y explorada a través de colonoscopia, tac abdominal, interconsulta ginecológica en la que se le hizo una ecografía ginecológica y un colonotac, siendo diagnosticada de *"neoplasia pélvica dependiente de sigma estenosante + adenopatías retroperitoneales. Diverticulosis colónica. Aumento aislado de GGT con estudio etiológico inicial negativo"*.
- Se aconsejó tratamiento quirúrgico de forma ambulatoria preferente y se procedió al alta de la paciente el 4 de junio de 2008, remitiéndola a consulta de cirugía.
- El 16 de diciembre de 2008 se realiza colonoscopia programada, presentando en el postoperatorio dolor y distensión abdominal, por lo que queda ingresada, comprobando la aparición de neumoperitoneo, por lo que se indica cirugía urgente que se realiza al día siguiente. Se halla perforación diastásica de ciego con importante deserosamiento de pared y estenosis de sigma, realizándose *"Laparotomía exploradora. Colectomía subtotal. Anastomosis ileosigmoidea T-T"*. Tras el alta, se remite a su centro de salud para curas y se cita en un mes para

revisión.

Afirma la reclamante que en el presente caso concurren todos los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, concretamente el nexo causal entre el daño alegado y la perforación diastásica de ciego ocasionada durante la realización de una colonoscopia. Además, sostiene que el daño es desproporcionado puesto que el riesgo de perforación es mínimo. Pero sobre todo se destaca por la reclamación que la paciente no fue informada de los riesgos y consecuencias de la realización de la colonoscopia: "*tampoco fue informada previamente, ni verbal ni por escrito, de la colonoscopia ha realizarle (sic), consta en la historia clínica el exigido consentimiento informado que nunca se le presentó a firma, ni tan siquiera se cumplimentó, ni tampoco fue individualizado al caso concreto del paciente*".

Como consecuencia de ello, la paciente afirma que sufre estrés, depresión, y dificultad para conciliar el sueño, estando en tratamiento psicoterapéutico y farmacológico por el servicio de psicología del Hospital Santa M.^a del Rosell. También afirma sufrir importantes cuadros de diarrea con deposiciones acuosas ocho o más veces al día.

Para acreditar los hechos descritos acompaña los documentos que cita como números 1 a 12, entre ellos el documento de consentimiento informado sin firmar (folios 18 y 19). También aporta un informe de valoración de secuelas realizado por el Dr. x, médico valorador del daño corporal (folios 24 a 26), quien afirma, entre otros aspectos:

"Criterios de causalidad:

Concurrentes. Existe relación causa efecto entre la colonoscopia y la perforación. Hay que tener en cuenta, como factor condicionante de mayor riesgo de perforación, la preexistencia de estrechamiento a nivel de sigma por lesión neoinformativa que condiciona alteración de la pared del colon. También la diverticulosis sería otro factor de riesgo mayor".

En cuanto a las imputaciones que formula frente a la Administración sanitaria, se contraen básicamente a que se ha incumplido el deber de informar a la paciente de los riesgos que corría con la intervención, manifestando que de haber conocido la paciente tales riesgos de perforación y, en particular, su mayor peligro debido al estrechamiento de sigma no habría consentido en la realización de la prueba; tampoco se le informó de la existencia de otras alternativas. A tales efectos cita la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2001 (parece corresponder a la Sala de lo Civil), para señalar que corresponde al facultativo acreditar que se le ha proporcionado la información completa al paciente, inteligible y leal, de modo que ausencia constituye la sustitución del consentimiento del paciente por el del propio médico, lo que le hace responsable de los daños que origine. Se ha producido, en su opinión, una infracción de la *lex artis* por falta de consentimiento informado, sin que tampoco existiera urgencia para dicha intervención.

Finalmente, solicita la cantidad de 31.123,71 euros por los daños ocasionados a la paciente, al tener secuelas permanentes y un estado de depresión, estrés y una limitación de por vida de la dieta alimenticia.

SEGUNDO.- Con fecha 14 de enero de 2010, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución

de admisión a trámite de la reclamación de la responsabilidad patrimonial, que es notificada a la interesada. En la misma fecha se pide documentación a la Gerencia del Hospital Santa M.^a del Rosell.

Igualmente se dio traslado de la reclamación a la correduría de seguros, para su remisión a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- El 4 de febrero de 2010 (registro de entrada) se incorpora al expediente la historia clínica de la paciente (folios 38 a 179), y con posterioridad, el 22 siguiente, se remite el informe de la Dra. x, perteneciente al Servicio de Digestivo del Hospital Santa María del Rosell (folios 181 y 182), que señala lo siguiente:

"La paciente x fue estudiada en la planta de Digestivo entre el 13-05-08 y el 04-06-08 con diagnóstico al alta de neoplasia pélvica dependiente de sigma de patrón estenosante y adenopatías retroperitoneales. El caso fue presentado durante el ingreso en Sesión Clínica con cirugía que decidió intervención programada.

El 16-12-08 se realizó colonoscopia con sedación programada solicitada por el Servicio de cirugía por el mismo motivo por el que se le habían realizado previamente dos colonoscopías en el ingreso citado.

En el protocolo de citación de endoscopios con sedación solicitadas de forma ambulatoria siempre se le proporciona al paciente hoja de consentimiento informado que informa de los riesgos del procedimiento y que va grapado al volante de petición de la exploración.

Una vez recibido el paciente en Endoscopias el día de la exploración se comprueba siempre, tanto por el personal de enfermería como por el Médico que realiza la exploración que esté debidamente cumplimentado.

Finalizada la endoscopia, siempre GRAPO personalmente el informe de la prueba con el consentimiento, y por parte del personal administrativo de Endoscopias dichos documentos se remiten al Servicio que solicitó la prueba, en este caso el Servicio de Cirugía.

Preguntado el personal administrativo responsable de dicha Consulta personalmente por mí, han referido que la práctica habitual es separar ambos documentos y archivar en la historia del paciente exclusivamente el informe de la prueba, desconociendo por mi parte cual es el motivo de dicha separación de documentos y el destino final del consentimiento informado de esa exploración.

Por lo tanto, la ausencia del consentimiento informado de la colonoscopia del 16-12-2008 en su historia clínica, no se debe a la falta de cumplimentación previa del mismo, acto que realizo siempre antes de cada exploración, sino a la falta de inclusión del mismo en la historia por motivos que desconozco y en cualquier caso ajeno a mi labor como Facultativo Médico. El documento nº ocho al que se alude en la reclamación no ha formado nunca parte de la historia clínica por los motivos previamente explicados.

Además la paciente fue sometida a dos colonoscopías diagnósticas en los seis meses previos, en circunstancias clínicas similares, otorgando su conformidad a la realización de la prueba mediante la firma de consentimiento informado, incluido en la historia clínica de la paciente, por lo que ya conocía los riesgos de la exploración.

En este sentido debo recalcar que la información facilitada a la paciente fue correcta en forma y contenido, cumpliendo en la parcela que me compete con mi deber profesional de información. Además ha de ser tenido en cuenta que la solicitud de la prueba fue realizada por el Servicio de Cirugía por lo que interpreto que el Facultativo responsable de la solicitud de la prueba endoscópica cumplió con el requisito de información de la técnica solicitada al igual que lo hice yo, y procedió a informar el motivo de la repetición de la prueba, alternativas existentes si las hubiere y problemas derivados de su práctica.

La custodia de los documentos referidos no es competencia del personal Facultativo y tras las aclaraciones anteriormente mencionadas considero que se deben habilitar las medidas correctoras pertinentes para evitar la pérdida o extravío de este tipo de documentación".

CUARTO.- Mediante escrito de 16 de marzo de 2010, el órgano instructor solicita informe a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria. Ese mismo día se remite copia del expediente a la compañía de seguros del Servicio Murciano de Salud.

QUINTO.- El 22 de octubre de 2010, previa petición de la reclamante, se expide certificado de silencio administrativo desestimatorio (folio 187).

SEXTO.- Interpuesto por la reclamante recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia se declaró incompetente para su conocimiento por Auto de 28 de julio de 2011, pasando las diligencias a ser instruidas por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Murcia (PO 741/2011).

SÉPTIMO.- El 27 de mayo de 2013 la Inspección Médica remite informe en el que considera que los facultativos del Servicio Murciano de Salud han actuado conforme a la *lex artis* de acuerdo con las siguientes conclusiones:

"1. La paciente de 55 años, estaba en estudio de dolor abdominal, para completarlo tuvo un ingreso en mayo del 2008, durante el que se realizaron pruebas diagnósticas, que llevaron al diagnóstico de neoplasia pélvica dependiente de sigma y adenopatía retroperitoneales.

2. Entre esas pruebas diagnósticas se realizaron dos Colonoscopias para lo que la paciente firmó los documentos de consentimiento informado, en los que aparece la perforación como una de las posibilidades de la técnica. Según la bibliografía consultada en la colonoscopia diagnóstica <1:1000 procedimientos.

3. Tras la colonoscopia programada realizada en diciembre/08, quedó ingresada para observación al presentar dolor abdominal. Con Rx se visualizó neumoperitoneo diagnosticándose perforación de colon. Se le realizó Colecistectomía subtotal + Anastomosis T-T ileosigmaidea por perforación diastásica de ciego. La actuación de los profesionales fue diligente en el diagnóstico y la resolución de la complicación.

4. Aunque no se encuentra el documento de consentimiento informado firmado en la documentación del expediente, a la vista del informe de la especialista y el haber firmado dos previos no puede decirse que desconociera los riesgos de la técnica.
5. El estrechamiento de sigma y la diverticulosis descendente, no influyó en la perforación que se produjo en el ciego.
6. No hay pruebas alternativas a las colonoscopias que se le realizaron a la paciente en la que se puedan tomar biopsias.
7. De la historia aportada se desprende diagnóstico compatible con síndrome ansioso depresivo de larga evolución (más de 15 años)".

OCTAVO.- La compañía aseguradora -- aporta informe pericial, realizado colegiadamente por los especialistas x, y, z, ... que finaliza con las siguientes conclusiones:

- "1. La paciente sufre como proceso de base, una estenosis inflamatoria del sigma secundaria a un proceso de diverticulitis aguda.
2. Se toma la actitud correcta, es decir, realizar un amplio estudio con todas las pruebas disponibles (colonoscopia, TC, TC-colono, etc.) para descartar malignidad.
3. Antes de la realización de la colonoscopia firmó el documento de CI para la realización de la misma, mayo de 2008 (doc. 63).
4. Ante la ausencia de malignidad en la primera biopsia, se repite ésta con criterio acertado.
5. Se toma la decisión correcta de continuar el estudio de manera ambulatoria por el servicio de Cirugía General.
6. Dentro de este seguimiento, se le solicita y realiza la colonoscopia de diciembre/2008, correctamente indicada.
7. La perforación es un riesgo que está descrito en el consentimiento específico que consta en la historia clínica, firmado por la paciente, se trata por tanto de una complicación poco frecuente pero posible, e inherente a la técnica (doc. 18, en este caso sin firmas). Se trataría del mismo documento que la paciente firmó unos meses antes.
8. En este caso se actúa de forma correcta, ya que en cuanto se sospecha la complicación, por la clínica de la paciente, se mantiene el ingreso y se le realizan las pruebas complementarias precisas, comprobando en la radiografía de abdomen la presencia de neumoperitoneo.

9. *Ante este hallazgo, se indica de forma adecuada una revisión quirúrgica, que se realiza en tiempo y lugar adecuado, y se realiza la técnica adecuada.*
10. *La paciente se recupera de forma satisfactoria, aunque sufre como secuela una diarrea crónica consecuencia inevitable de la pérdida del colon.*
11. *En conclusión, se puede afirmar que la atención de esta paciente es adecuada en todo momento y no se puede achacar a los profesionales que la atienden ninguna falta o defecto contrario a la "lex artis".*

NOVENO. Mediante sendos escritos de 16 de octubre de 2013, se comunica a las partes interesadas la apertura del trámite de audiencia, sin que por la parte reclamante se hayan formulado alegaciones.

DÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 27 de enero de 2014, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que el daño padecido no reviste la nota de antijuridicidad necesaria para que se deduzca responsabilidad patrimonial del Servicio Murciano de Salud.

UNDÉCIMO.- Con fecha 6 de febrero de 2014 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el artículo 12.1 del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante, en su condición de paciente que se siente perjudicada por la actuación de los servicios públicos sanitarios, está legitimada para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, conforme al artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 31 de la misma Ley.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC, no puede oponerse objeción al respecto, vista la fecha en la que fue dada de alta hospitalaria la paciente (el 29 de diciembre de 2008) y la fecha de la presentación de la reclamación, el 22 de diciembre de 2009, según la propuesta elevada.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver que ha excedido del previsto reglamentariamente (artículo 13.3 RRP).

No obstante, ha de recordarse a la Consejería consultante que al haberse interpuesto por la reclamante recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación (PO núm. 741/2011), habrá de comprobarse por el órgano instructor, a través del letrado que actúa en representación del Servicio Murciano de Salud y con carácter previo a la adopción de la resolución, si ha recaído sentencia en el referido procedimiento para abstenerse, en caso afirmativo, de su pronunciamiento.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE, según el cual *"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"*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *"el derecho a la protección de la salud"*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa que se desarrolla en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la "*lex artis*" 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. La "*lex artis*", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, de 22 de diciembre de 2001, afirma *"ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente"*.

Asimismo, la Sentencia del mismo Alto Tribunal, Sala 3^a, de 23 de marzo de 2011, expresa que *"la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente"*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1^a, de 24 de mayo de 1999, entiende que *"los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de*

la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida".

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la "*lex artis*" responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la "*lex artis*", responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a *normopraxis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En el caso de la reclamante se ha aportado un informe de un médico valorador del daño corporal (Dr. x), que básicamente se centra en las secuelas y valoración de los daños reclamados, al que aludiremos posteriormente.

En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada ha sido ofrecida, además de por los médicos intervenientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento del servicio público sanitario.

Para la reclamante, concurren todos los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, pues el resultado dañoso existe y consiste en la colostomía subtotal como consecuencia de la perforación diastásica de ciego ocasionada durante la realización de una colonoscopia, concurriendo el nexo causal, además de que el daño ocasionado resulta desproporcionado. A todo ello suma el hecho de la ausencia de consentimiento informado para la intervención, lo que supone también un incumplimiento de la *lex artis*.

Por el contrario, la propuesta de resolución, sobre la base de lo informado por la Inspección Médica, sostiene que la actuación sanitaria fue correcta, aunque se materializó uno de los riesgos típicos de la intervención realizada, del que estaba informado la paciente, por lo que no concurre en el presente caso la nota de antijuridicidad del

daño necesaria para que exista responsabilidad del Servicio Murciano de Salud.

De las actuaciones practicadas durante la instrucción del procedimiento, singularmente de los informes médicos obrantes en el expediente, destacadamente el de la Inspección Médica, se desprende lo siguiente:

a) La realización de la colonoscopia en diciembre de 2008 a la paciente estaba indicada, como seguimiento del proceso de dolor abdominal en FII junto a elevación de GGT y CA 19.9. A este respecto, la Inspección Médica señala entre sus conclusiones que "*no hay prueba alternativa a las colonoscopias en la que se pueda tomar biopsias*". En igual sentido los peritos de la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud (folio 263, reverso) expresan que "*dentro de este seguimiento, se le solicita y realiza la colonoscopia de diciembre, correctamente indicada, y que permite una nueva toma de biopsia, ante la no resolución completa del cuadro, ya que a pesar de la negatividad de las biopsias previas, sigue existiendo la posibilidad de que todo el proceso lo provoque un tumor maligno*".

Por lo tanto, de los informes expresados se desprende que no existían otras alternativas para la toma de biopsia, frente a lo que sostiene la reclamante de que no se le informó de otras alternativas que reducirían el riesgo a cero.

b) El hecho de que se materializara uno de los riesgos de la colonoscopia no significa que la intervención se realizara de forma incorrecta, según se infiere de los informes médicos obrantes en el expediente. El mismo informe pericial de valoración aportado por la reclamante no cuestiona la *praxis* seguida, únicamente afirma que existe relación de causalidad entre la colonoscopia y la perforación, aspecto que no resulta cuestionado por el órgano instructor.

A este respecto, y en lo que atañe al riesgo materializado, la Inspección Médica señala que la perforación es una de las posibilidades de la técnica y según la bibliografía consultada en la colonoscopia diagnóstica <1:1000 procedimientos (conclusión 2^a, folios 256 y 258). De igual modo, los peritos de la compañía aseguradora señalan que es una complicación poco frecuente, pero inherente a la técnica (folio 263, reverso).

También se destaca en ambos informes que se actuó de forma correcta cuando se sospecha de la complicación por la clínica de la paciente, dado que se mantuvo el ingreso y se le realizaron las pruebas complementarias precisas, comprobando el neumoperitoneo e interviniéndola con la técnica adecuada, siendo la actuación de los profesionales diligente en el diagnóstico y en la resolución de la complicación (conclusiones de la Inspección Médica y de los peritos de la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, folios 259 y 264 reverso).

Sobre la consideración de la reclamante de que la perforación fue un daño desproporcionado, en el Dictamen 13/2014 señalamos que para que se aplique la teoría o el criterio del daño desproporcionado no basta con la desproporción evidente entre la patología inicial y el resultado finalmente producido, sino que sería necesario que no exista prueba de otra causa de producción de dicho daño desproporcionado.

Por tanto, sería aplicable la doctrina del daño desproporcionado cuando la prueba aportada fuera insuficiente y del análisis y valoración de ésta no pueda extraerse una conclusión clara ni sea posible, con dicha valoración, fijar o rechazar la responsabilidad por la que se reclama.

Pero en el presente caso no concurren los requisitos para su aplicación, porque la prueba obrante en el expediente permite extraer una conclusión clara sobre la asistencia sanitaria y que la perforación es uno de los riesgos propios de toda técnica endoscópica, como destaca la Inspección Médica y recoge la propuesta de resolución (folio 279); esta última hace referencia al criterio jurisprudencial de que no resulta adecuada la invocación del daño desproporcionado a efectos probatorios, cuando la lesión padecida por la interesada constituye un riesgo propio de la intervención, con cita a la STS, Sala 3^a, de 9 de marzo de 2011.

c) Quedaría por analizar si incumplió la Administración sanitaria los deberes de información a la paciente, como sostiene la parte reclamante, ante la ausencia de documento escrito firmado por la interesada previo a la intervención con omisión de la información de los riesgos, y en particular del mayor peligro de por el estrechamiento a nivel del sigma, afirmando aquélla que incluso de haber conocido tales riesgos no hubiera consentido la misma.

La regulación del derecho de información del paciente se aborda en 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, cuyo artículo 3 define el consentimiento informado como "*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*". De conformidad con el artículo 8.1 y 2, antes de someter al paciente a una intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre su salud, será preciso recabar su consentimiento, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 -como mínimo, finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias-, haya valorado las opciones propias del caso.

Así, partiendo del hecho de que, según reiterada jurisprudencia, el incumplimiento por los servicios médicos de su obligación legal de recabar del paciente el consentimiento informado, y por escrito, para realizar determinadas actuaciones sanitarias constituye un supuesto de mala praxis médica, en el Dictamen 191/06 dijimos que "*la ausencia del documento o la insuficiencia de su contenido no determinan automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Entendida ésta en los términos del artículo 3 de la Ley 41/2002, constituye el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, acreditando, por tanto, su contenido el desarrollo de la relación dialogística entre médico y enfermo, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido la información, podrá concluirse que se han cumplido los deberes que incumben al responsable médico del proceso*.

Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones".

La validez probatoria de las circunstancias concurrentes en el caso como elementos indiciarios de la existencia del preceptivo y válido consentimiento informado, aun sin constar el documento "*ad hoc*", es ratificada por la STS, Sala 3^a, de 25 de junio de 2010. Ahora bien, aunque la jurisprudencia no excluya la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, de 4 de abril de 2000). Resulta esclarecedora otra Sentencia de la misma Sala, de 3 de octubre de 2000, que declara: "*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*".

En el supuesto sometido a consulta, aunque no consta el documento de consentimiento informado suscrito por la interesada con anterioridad a someterse a la colonoscopia de diciembre de 2008, este Órgano Consultivo considera que del historial se desprenden sólidos indicios, como sostiene el órgano instructor, de que la paciente tenía información para decidir si se realizaba o no la colonoscopia, puesto que en mayo del mismo año había suscrito dos documentos de consentimiento informado para intervención de colonoscopia (folios 93 y 94), que le practicaron los días 16 y el 22 de mayo del mismo año, en los cuales se incluye no sólo el riesgo de perforación, sino también un posible riesgo de mortalidad. También sostiene la suficiencia de información la Inspección Médica (conclusión 4, folio 259), afirmando de todo ello que no puede decirse que desconociera los riesgos de la técnica.

A mayor abundamiento, resulta verosímil lo señalado por la facultativa que la intervino (Dra. x) de que en el protocolo de citación de endoscopias con sedación solicitadas de forma ambulatoria siempre se le proporciona a la paciente hoja del consentimiento informado que informe de los riesgos del procedimiento y que va grapado al volante de petición de exploración, prueba de ello es que la reclamante aporta con el escrito de reclamación un modelo de dicho documento de consentimiento sin firmar (folios 18 y 19), que no obra en el historial, con sus datos personales en el encabezamiento y la fecha de la intervención, de lo que parece inferirse, según razona el órgano instructor, que pudo ser entregado a la paciente el documento que le informaba de los riesgos de la misma en el momento en el que se le dio la cita para la colonoscopia, documento que debía ser entregado firmado en el momento de la realización de la prueba.

Respecto a la existencia de mayores riesgos por el estrechamiento de sigma y una diverticulosis del colon descendente que justificaría una información personalizada, la Inspección Médica señala entre sus conclusiones que estos hechos no influyeron en la perforación del ciego que se produjo durante la colonoscopia de diciembre de 2008 (conclusión 5, folio 259).

En suma, en la historia clínica existen indicios que permiten alcanzar la convicción de que se dio información suficiente a la paciente para que ésta pudiera decidir acerca de su propia salud.

Ante esa circunstancia, se debe poner de manifiesto una vez más que no ha sido acreditado que se haya dispensado a la reclamante una práctica médica incorrecta o defectuosa y contraria, por tanto, a la "*lex artis*", correspondía a la paciente soportar los riesgos directamente asociados con la intervención médica a la que se sometió y de los que fue informada. En estos casos, tal y como decimos, se trata de riesgos y complicaciones consustanciales con la dispensación de determinados tipos de asistencia sanitaria y que no suponen en ningún caso que se haya infringido la "*lex artis*" aplicable al caso concreto.

En sentido análogo a las consideraciones que aquí se realizan, la STSJ Andalucía, sede Granada, núm. 3942/2012, de 26 diciembre, declara la inexistencia de responsabilidad patrimonial sanitaria derivada de una perforación intestinal como consecuencia de la realización de una colonoscopia en la que no llegó a acreditarse que se incurriera en mala praxis, ni en su indicación ni durante su realización.

Por último, en relación con las secuelas alegadas, no todas ellas han resultado acreditadas, puesto que la Inspección Médica señala (conclusión 7, folio 259) que de la historia de la paciente se desprende un diagnóstico compatible con síndrome ansioso depresivo de larga evolución (más de 15 años).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no

apreciar la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente la antijuridicidad del daño.

SEGUNDA.- Con carácter previo a la resolución habrá de comprobarse el estado de tramitación del recurso contencioso administrativo interpuesto por la reclamante (PO 741/2011) para abstenerse, en el caso de que hubiera recaído sentencia, de su pronunciamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

