

D I C T A M E N 3 0 6 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 10 de junio de 2024.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 273/2024 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 1 de septiembre de 2020 a instancias de (...), en nombre y representación de (...), por los presuntos daños ocasionados como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida por el Servicio Canario de la Salud.

2. Se reclama una indemnización por importe de 253.612 euros, cantidad que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la titular de la Consejería de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D,e) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación tanto la LPACAP como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); la Ley 14/1986, de 25 de abril,

* Ponente: Sra. Luengo Orol.

General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (en adelante, LOSC); la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

4. En el presente procedimiento se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar del interesado, al sufrir en su esfera personal el daño por el que se reclama [art. 4.1.a) LPACAP]. Además, a lo largo del procedimiento, el interesado actúa mediante abogado, habiéndose acreditado la representación conforme al art. 5.1 y 4 LPACAP.

Por otra parte, la legitimación pasiva recae en el SCS, al ser titular del Servicio al que se liga el evento dañoso.

5. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) LOSC.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

6. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año establecido en el art. 67 LPACAP, pues se presenta el 1 de septiembre de 2020 respecto de una colonoscopia que le fue practicada el 27 de febrero de 2018, a consecuencia de la cual surgieron complicaciones de las que causó alta el día 20 de septiembre de 2019, por lo que la reclamación no se encuentra prescrita.

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

8. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impida un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. El reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue dispensada.

A este respecto, el interesado expone en su reclamación inicial los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Que desde finales del año 2017 venía sufriendo dolores en la zona abdominal, accediendo en numerosas ocasiones al Servicio de Urgencia del Centro de Salud que por la zona me correspondía (Arrecife de Lanzarote).

SEGUNDO.- Que con fecha 27 de febrero de 2018 se procede a realizarme colonoscopia a petición de mi médico de cabecera al detectar sangre en mis heces fecales.

TERCERO.- Que con fecha 28 de febrero de 2018 se objetiva, de la biopsia del intestino grueso derivada de la colonoscopia, el diagnóstico de adenoma tubular y adenoma tubulovelloso con displasia de alto grado de superficie.

CUARTO.- Que como consecuencia de la polipectomía endoscópica se produce en fecha 7 de marzo de 2018 abundante sangrado que finalmente provoca la cirugía de fecha 20 de marzo de 2018 por la que se practica una colostomía.

QUINTO.- Que en fecha 27 de agosto de 2018 se procede a intervenirme nuevamente para la reconstrucción del tránsito intestinal, produciéndose complicaciones post operatoria, quedando de aquella intervención cicatriz de la laparotomía.

Tras la intervención para la reconstrucción del tránsito intestinal, se me detecta una fístula colo/vesival con fecaluria manifiesta, por lo que se procede a nueva intervención practicándose una nueva colostomía.

Finalmente recibo el alta hospitalaria el 2 de octubre de 2018.

SEXTO.- Que a pesar del alta hospitalaria, se constata que tanto la intervención quirúrgica de reconstrucción del tránsito intestinal como la eliminación de la fístula, dejan ambas patologías sin corregir o eliminar, lo que implicaba volver a realizar dichas intervenciones nuevamente, una vez mejorasen las condiciones locales para ello, dejándome como secuela la pérdida de orina por el canal anal.

SÉPTIMO.- Que tras esta intervención quirúrgica sufro diferentes episodios de dolores en la zona del estómago, así como de fiebres altas, ingresando en urgencia del Hospital Dr. José Molina Orosa, donde se me diagnostica, reiteradamente, infección urinaria.

OCTAVO.- Que finalmente, 5 meses más tardes, vuelven a intervenirme en fecha 5 de marzo de 2019 para practicar nuevamente la cirugía de fistulectomía rectovesical.

NOVENO.- Que en fecha 6 de septiembre de 2019, 11 meses más tarde, se procede a la cirugía de reconstrucción del tránsito intestinal, causando alta hospitalaria en fecha 20 de septiembre de 2019.

DECIMO.- Que en fecha enero de 2020, sufro una anemia ferropénica severa, y tras realizarme TC de Abdomen, se comprueba la existencia de engrosamiento inflamatorio a nivel de ambas anastomosis quirúrgicas y friabilidad, con carácter crónico.

UNDECIMO.- Que en el presente caso el Servicio Canario de la Salud mostró un funcionamiento anormal en la asistencia y tratamiento de mi persona, en tanto que, tras la primera intervención médica de fecha 27 de marzo de 2018, se produce una hemorragia derivada de la praxis errónea de la colonoscopia que me practicaron, obligando ello, a proceder a una intervención de colostomía urgente, con el objeto de paliar el resultado dañoso de la anterior intervención médica, la cual, a su vez, evidentemente, fue realizada incorrectamente, de tal manera que se me tuvo nuevamente que intervenir en agosto de 2018 para proceder a reconstruir mi tracto intestinal, recidivando en una mala praxis en dicha nueva intervención quirúrgica, por cuanto dicha reconstrucción no llegó a realizarse, constatándose, además, la existencia de una fístula colo/vesical con fecaluria manifiesta, patología que derivó de la mala praxis, o bien de la colonoscopia, o bien de la posterior colostomía, agravado por el tiempo transcurrido hasta la siguiente intervención quirúrgica, 5 meses, ya que en ningún momento anterior a dicha cirugía reconstructiva fue detectado, luego, si hubiere existido esa fístula en el momento de la primera intervención, marzo de 2018, debió haberse detectado en las pruebas que supuestamente se me hicieron previa aquella intervención quirúrgica, siendo que, además, no se procede a corregir aquella fístula hasta 5 meses después, teniendo que padecer un verdadero calvario debido a la pérdida de orina por el conducto anal, dejando mi cuerpo en condiciones que hacía imposible realizar una vida normalizada, siendo que a pesar de esta intervención, así como la posterior para reconstruir mi tracto intestinal, por mor de la anteriormente mal realizada, 11 meses después, en septiembre de 2019, lo cierto es que, actualmente padezco una serie de patologías crónicas que hace que sufra episodios de anemia severa y que me impida realizar una actividad normal en ninguna de las facetas de mi vida, ni en el ámbito familiar, ni en el ámbito laboral, ni en el ámbito personal, y todo ello con origen en la mala praxis de la primera intervención quirúrgica en marzo de 2019 y de las posteriores para su corrección, que únicamente consiguieron provocar una patología crónica en mi persona».

2. En el presente asunto, además, es preciso reproducir el relato de los hechos que obra en los informes de Servicio, emitidos con ocasión del presente expediente de responsabilidad patrimonial.

En este sentido, en el informe del Servicio de Cirugía General y Digestiva de fecha 17 de noviembre de 2020 se expone lo siguiente:

« (...) El día 27/02/2018 se avisa al Cirujano de guardia por sangrado incoercible postpolpectomía endoscópica indicada por pólipo adenomatoso con displasia severa (lesión premaligna), se decide intervención quirúrgica urgente, se practica resección limitada del recto afectado y colostomía terminal en fosa ilíaca izquierda. El postoperatorio transcurre con normalidad sin episodios de resangrado y recuperación del tránsito intestinal.

El paciente es seguido en CCEE de Cirugía por el Dr. (...) que en el momento adecuado incluye en lista al paciente para reconstrucción del tránsito intestinal.

El día 28/08/18 es intervenido por el Dr. (...), practicándose laparotomía media sobre cicatriz de cirugía previa, cierre de colostomía y anastomosis colorectal mecánica CEEA 31. Postoperatorio inicial sin complicaciones, el octavo día postoperatorio presenta neumatúria y sospecha de fecaluria asociada a distensión abdominal y dolor pélvico que se mantiene en días posteriores.

El día 11/09/18 se decide reinversión por el equipo de guardia Dres.(...), con el diagnóstico de fístula colovesical. Durante la intervención se comprueba pelvis impenetrable quirúrgicamente por lo que se decide desfuncionalizar el tránsito intestinal con colostomía transversa y lavado y drenaje de cavidad pélvica. Postoperatorio lentamente favorable con recuperación de tránsito intestinal y progresiva mejoría de su fecaluria hasta el alta hospitalaria. Se explica al paciente la situación clínica en ese momento, la imposibilidad quirúrgica de resolver el problema dado los hallazgos de la cirugía en ese momento y la necesidad de demorar unos meses esperando a que se reduzca la inflamación de los tejidos para plantear una cirugía reparadora.

En los meses siguientes se realizó seguimiento ambulatorio del paciente, sin problemas significativos salvo infecciones de orina recurrentes en relación con la fístula diagnosticada que se controlaron adecuadamente con antibioterapia.

El 06/03/19 se procede a realizar intervención reparadora de su fístula rectovesical. El procedimiento difícil y laborioso transcurrió sin incidentes. En el postoperatorio no presentó complicaciones mayores.

En semanas previas a la última cirugía (cierre definitivo de colostomía), se realizaron cistografías, enema opaco y rectoscopias que demostraron resolución de la fístula.

El paciente permanece asintomático hasta el 06/09/2019 en que se programa cierre definitivo de colostomía transversa sin incidentes.

En estudios de control realizado tras la última cirugía, no se aprecia ninguna complicación, el paciente tiene tránsito intestinal normalizado, buena función urinaria y en

TAC de control último fechado el 06/01/2020, no se aprecian hallazgos patológicos, por lo que es alta definitiva por el Servicio de Cirugía.

Se adjunta copia de protocolos quirúrgicos y estudios más importantes realizados.

Respecto a la información solicitada, debo decir lo siguiente:

1.- El paciente presentó dos complicaciones durante los procedimientos invasivos a los que fue sometido, en primer lugar presentó una hemorragia grave tras la polipectomía endoscópica que requirió cirugía urgente. En segundo lugar, cuando se programó la reconstrucción definitiva del tránsito intestinal presentó una fístula postquirúrgica que precisó reintervención.

2.- El paciente tuvo que realizarse de manera obligada una endoscopia digestiva baja por presentar una lesión premaligna que debía ser extirpada.

3.- En los consentimientos informados de endoscopia y cirugía colorectal están claramente especializadas ambas complicaciones como posibles eventos durante dichos procedimientos invasivos.

4.- El paciente fue manejado desde un punto de vista médico y quirúrgico de manera correcta, las distintas intervenciones realizadas y los tiempos entre ellas se ajustan a una buena praxis.

5.- Actualmente el paciente se encuentra con mínimas secuelas propias de un paciente multioperado».

Asimismo, en el informe del Servicio de Digestivo de fecha 20 de noviembre de 2020 se expone lo siguiente:

« (...) El 27 de febrero de 2018 se realizó una colonoscopia, estando indicada correctamente al haberse detectado de sangre oculta en heces. En el procedimiento se detectaron pólipos, dos de ellos a 25 cm del margen anal, uno pediculado y otro semipediculado que se extirparon siguiendo el procedimiento habitual con asa de diatermia. Tras la polipectomía presentó un sangrado profuso en jet que se trató con medidas de hemostasia disponibles: inyección de adrenalina diluida y etoxiesclerol, así como la colocación de hemoclips. Esta complicación es conocida y se expresa en el Consentimiento Informado que se entrega al paciente antes de la realización de la técnica e indica que aunque es poco frecuente, puede ser grave e incluso requerir una intervención quirúrgica urgente. A pesar del tratamiento endoscópico local para el control de la hemorragia digestiva no se consiguió detener la misma, por lo que se avisó a Cirugía General de forma urgente para que valorasen al paciente ese mismo día».

III

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial que constan practicados son los siguientes:

- El procedimiento comenzó mediante la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuada el día 1 de septiembre de 2020 en el ámbito del SCS.

- Con fecha 4 de septiembre de 2020, se requiere al reclamante a fin de que subsane y mejore la reclamación formulada, presentándose, con fecha de registro de entrada de 23 de septiembre de 2020, la documentación requerida.

- El día 30 de octubre de 2020 se dictó Resolución de la Secretaría General del SCS por la que se admitió a trámite la reclamación del interesado.

- Con fecha 27 de septiembre de 2023, por el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) se remite historial clínico del reclamante obrante en el Hospital Dr. José Molina Orosa.

Asimismo, se remiten los informes del Servicio de Cirugía General y Digestiva de fecha 17 de noviembre de 2020 y del Servicio de Digestivo de fecha 20 de noviembre de 2020.

- Con fecha 28 de noviembre de 2023, se dicta Acuerdo sobre periodo probatorio, admitiéndose como pruebas la documental y la testifical de los Dres. (...), las cuales fueron debidamente practicadas a excepción de la testifical del Dr. (...), debido a imposibilidad del mismo.

- Con fecha 17 de enero de 2024, se procede a la apertura del trámite de audiencia, confiriendo al reclamante un plazo de diez días a fin de que pudiese formular alegaciones, aportar documentos y las justificaciones que tuviese por conveniente. Transcurrido dicho plazo por el reclamante no se formulan alegaciones.

- A juicio del órgano instructor, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 20.j) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en el caso que nos ocupa no resulta preceptivo el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, dado que las cuestiones de derecho planteadas ya han sido resueltas en anteriores informes por el Servicio Jurídico.

- Con fecha 30 de abril de 2024 se emite Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación formulada por los interesados.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2. Tal y como ha tenido ocasión de recordar este Consejo Consultivo (entre otros, en su Dictamen 328/2020, de 10 de septiembre), *«la jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que «para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- 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 patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

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

Es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración».

3. Por otro lado, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario presenta una serie de particularidades que se derivan de la denominada *«lex artis ad hoc»*.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que *«la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la*

actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes 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, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (Recurso de Casación n.º 89/2008) *«que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».*

En idéntico sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente: *«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.*

Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Ha de tenerse en cuenta, por tanto, que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

En este mismo sentido se ha decantado este Consejo Consultivo de Canarias. Así, se ha de traer a colación, por ejemplo, y, entre otros muchos, el Dictamen 6/2019, de 9 de enero, de este Organismo, en el que se expresa lo siguiente:

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello

ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física.

En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la lex artis, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la preparación y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la lex artis se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se van a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad.

Este límite nos lo proporciona el criterio de la lex artis, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la lex artis (no siendo el daño antijurídico) 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. El criterio de la lex artis se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada

caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece “El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que 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 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, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala 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, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”. Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a lex artis, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización».

4. En el presente procedimiento la pretensión resarcitoria del reclamante se fundamenta en que existió mala praxis en la colonoscopia que le fue practicada el día 27 de febrero de 2018, consecuencia de lo cual padece una serie de patologías crónicas que hace que sufra episodios de anemia severa y que le impiden realizar una actividad normal en las distintas facetas de su vida.

Sin embargo, a pesar de tales manifestaciones, el reclamante no aporta material probatorio que sostenga su pretensión. Antes, al contrario, la Propuesta de Resolución, con base en los informes obrantes en el expediente, rebate tal pretensión.

En efecto, tal como consta en los informes de los servicios implicados, la necesidad de practicar la colonoscopia estaba indicada correctamente al haberse detectado de «*sangre oculta en heces*». En relación con esta técnica diagnóstica, se ha de señalar que la colonoscopia es una técnica invasiva, con un grado elevado de eficacia diagnóstica y terapéutica, pero que conlleva determinados riesgos entre los que se encuentra el sangrado y la perforación, los cuales pueden tener lugar a pesar de que la técnica se lleve a cabo de forma adecuada.

En este sentido, consta expresamente en el Documento de Consentimiento Informado (DCI) firmado por el reclamante el día 28 de febrero de 2018 lo siguiente: *«A pesar de la adecuada realización de la técnica son posibles efectos indeseables como: Perforación, hemorragia, infección, aspiración, dolor, náuseas o vómitos que, aunque poco frecuentes (1-3 por cada mil exploraciones), pueden ser graves e incluso requerir una intervención quirúrgica urgente»*.

En relación con el DCI, se ha señalado insistentemente por este Consejo, desde el DCC 55/2014, que uno de los elementos de la *lex artis* es el documento de consentimiento informado personalizado, documento en cuya virtud el paciente consiente la intervención médica con los riesgos inherentes a ella, siempre que se haya realizado la actuación médica de conformidad con las reglas de la *lex artis ad hoc*.

La regulación del consentimiento informado implica que la responsabilidad por las consecuencias que puedan surgir de los posibles riesgos derivados de las actuaciones médicas, siempre y cuando se haya actuado conforme a «*la lex artis ad hoc*», será asumida por el propio paciente.

Por tanto, el consentimiento informado constituye otro de los presupuestos necesarios para una adecuada práctica médica, encontrándose regulado en los arts. 8 y siguientes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, y respecto del cual la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos 136/2017, de 31 de julio, ha señalado:

«Debe también recordarse la doctrina sobre el consentimiento informado, y para ello es válida la cita de la STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 7 de abril de 2011, rec.3483/2009 que recuerda que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la lex artis ad hoc, pero que para que la misma sea merecedora de indemnización se precisa que a quien la invoca se le haya producido un daño antijurídico que no esté obligado a soportar. Pero, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650) , básica reguladora de la autonomía del

paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula en el artículo 4 lo que denomina el derecho a la información asistencial y expresa en su número 1 que: " los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley " y añade en los números 2 y 3 de ese precepto que:" la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad ", y que " el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle". Ese derecho se materializa en lo que se denomina consentimiento informado y del que se ocupa el artículo 8 de la Ley cuando dispone que " 1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: 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 la salud del paciente".

Es obvio, puesto que así expresamente lo afirma la Ley, que el consentimiento "será verbal por regla general", para añadir a continuación aquellos supuestos en los que esa regla cede ante la necesidad de que el consentimiento sea por escrito cuando se trate de 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 la salud del paciente».

Pues bien, durante la práctica de la colonoscopia se puso de manifiesto la necesidad de practicar una polipectomía, toda vez que se detectó la presencia de pólipos, dos de ellos a 25 cm del margen anal, uno pediculado y otro semipediculado que se extirparon siguiendo el procedimiento habitual con asa de diatermia. Del informe de anatomía patológica se concluyó que los pólipos extirpados eran lesiones premalignas precursoras de cáncer colorectal, de tal forma que -tal como manifestaron los testigos- si no se tratan su evolución natural es a la degeneración de cáncer de colon.

Como se acaba de exponer, la necesidad de la polipectomía no solo estaba justificada, sino que su práctica fue adecuada a la *lex artis* a pesar de haberse materializado uno de los riesgos posibles. Ello, no obstante, una vez detectada la complicación fue manejada con los medios adecuados y disponibles, inicialmente con

hemoclips, infiltración de hasta ocho ampollas de etoxisclerol, cuatro ampollas de adrenalina diluida, resolviéndose parcialmente el sangrado. Sin embargo, ante la recidiva de dicho sangrado, y el fracaso de las medidas de hemostasia endoscópica, se decide consultar al cirujano de guardia e intervenir quirúrgicamente de urgencia, realizándose una resección parcial de recto superior y una colostomía terminal en fosa ilíaca. Siendo la colostomía la técnica habitual y adecuada en los supuestos en los que tras una polipectomía endoscópica se produzca perforación o hemorragia incontenible, tal como pusieron de manifiesto los testigos.

Asimismo, en lo que se refiere al cierre del estoma, a fin de restaurar la continuidad del tubo digestivo, en los DCI de 8 de mayo de 2018 y 13 de mayo de 2018 se hace constar expresamente *«comprendo que a pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización pueden presentarse efectos indeseables, tanto los comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como otros específicos del procedimiento; poco graves y frecuentes: Infección y sangrado de herida quirúrgica. Flebitis. Retención aguda de orina. Diarrea. Alteraciones de la continencia fecal que habitualmente ceden tras un periodo de adaptación. Retraso en la recuperación de la motilidad intestinal, que puede requerir tratamiento prolongado con sueros. Dolor prolongado en la zona de la operación, o poco frecuentes y graves: Infección Intraabdominal. Fístula intestinal por fallo en la cicatrización de la sutura. Hemorragia. Obstrucción intestinal. El médico me ha explicado que estas complicaciones habitualmente se resuelven con tratamiento médico (medicamentos, sueros, etc.), pero pueden llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, incluyendo un riesgo mínimo de mortalidad»*. Por tanto, la fístula colovesical detectada en el postoperatorio es uno de los riesgos inherentes a la cirugía de cierre de estoma, la cual, además, fue correctamente reparada, lo que fue constatado -tal como se ha acreditado en el expediente- tras la realización de diversas pruebas: cistogramas, enema opaco y rectoscopia que ponen de manifiesto la no existencia de salida por la orina de heces o gas.

A la vista de lo expuesto, se puede concluir que el reclamante al firmar los DCI conocía, comprendía y aceptaba las intervenciones quirúrgicas, asumiendo de esta forma que podían presentarse riesgos o complicaciones, tal como finalmente aconteció. Complicaciones que, por otro lado, fueron adecuadamente resueltas por los servicios médicos, tal como ha quedado acreditado con la documental obrante en el expediente y las testificales practicadas, encontrándose actualmente con mínimas secuelas, propias de un paciente multioperado.

Por tanto, el riesgo de que se produjeran las complicaciones que el reclamante ha experimentado no era un riesgo generado por el funcionamiento del servicio de

salud sino, o de las propias condiciones del paciente, o de las consecuencias de la intervención, de lo que se le informó convenientemente, asumiéndolo el mismo con su firma, lo que obliga al perjudicado a soportar el daño, por lo que el perjuicio no es antijurídico y, por ende, no es indemnizable, ya que se considera que la asistencia se realizó, como se dijo, de acuerdo a la *lex artis*.

5. Por último se ha de recordar que este Consejo Consultivo ha reiterado en múltiples ocasiones (por todos, Dictámenes 87/2019, de 13 de marzo y 219/2020, de 3 de junio) que, según el art. 32.1 LRJSP, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

Pues bien, en el presente supuesto el reclamante no ha alcanzado a acreditar la supuesta negligencia en la asistencia médica recibida más allá de sus meras manifestaciones (art. 217 LEC). Por el contrario, de acuerdo con los informes y la documentación obrante en el expediente, ha quedado debidamente probado que recibió una asistencia adecuada realizándosele la intervención que requería su patología, respetándose la *lex artis*.

Esa adecuación de la asistencia sanitaria prestada a la *lex artis* rompe el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños por los que se reclama y, por ende, impide, al ser un requisito esencial para ello, el surgimiento de la responsabilidad de la Administración prestadora del

servicio, por lo que se ha de concluir que la Propuesta de Resolución, que desestima la pretensión resarcitoria del reclamante, es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación sanitaria del interesado al no concurrir los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración, y en su consecuencia, se considera conforme a Derecho.