

Dictamen n°: **141/18**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **22.03.18**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 22 de marzo de 2018, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. .... en relación con el fallecimiento de su marido tras la asistencia sanitaria recibida en el Hospital Universitario Doce de Octubre (en adelante, HUDO).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 8 de abril de 2016 la reclamante presentó en el Servicio Madrileño de Salud una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados por la, a su juicio, defectuosa asistencia sanitaria que se le dispensó a su marido en el HUDO, por la que falleció el 27 de noviembre de 2015.

El escrito de reclamación relataba que al paciente, tras presentar un dolor intenso el pie y sospechando que pudiera guardar relación con el funcionamiento de un bypass previo, le hicieron una arteriografía el 8 de octubre y les informaron que el bypass estaba estropeado pero que si no

tenía dolor en reposo y podía caminar esperarían para intervenirle a que la situación empeorara, con revisiones en consulta para valoración.

La primera revisión fue el 20 de noviembre y les comunicaron que la circulación no llegaba correctamente al pie, por lo que ingresaron al paciente para valorar una posible intervención. El 23 de noviembre les explicaron que iban a realizar una intervención de bypass fémoro-popliteo o fémoro-distal en la que, tras comprobar el estado de las arterias mediante una arteriografía, verían *“cuál de ellas estaba en condiciones para quitársela y empalmarla al bypass”*.

La intervención se llevó a cabo el día 24 de noviembre y les expusieron que había sido una operación delicada y con abundante sangrado que precisó transfusiones y que, si el bypass no funcionaba, la alternativa sería la amputación de la pierna si el paciente padeciera dolor en reposo o si el pie sufriera necrosis gangrenosa.

Al día siguiente se comprobó que el bypass no estaba funcionando porque pese a que la sangre circulaba por el bypass, *“no pasaba bien a través de la arteria”* que le habían injertado por lo que, como última posibilidad para salvar la pierna, plantearon otro bypass desde la ingle hasta más arriba del tobillo. La reclamación refería que dos de los hijos del paciente cuestionaron esta opción porque les habían comentado que ya no cabía otra intervención más y por la debilidad del paciente, pero les afirmaron que la nueva intervención no tenía más riesgo que el de cualquier otra operación con anestesia general y que su edad no tenía *“nada que ver”* para el riesgo.

Tras la nueva intervención les notificaron que el nuevo bypass no funcionaba y que la hemorragia sufrida durante la intervención había afectado a los riñones por lo que iban a dejarle sedado e intubado para controlar mejor el funcionamiento de sus órganos. El paciente falleció el 27 de noviembre.

Se imputaba al hospital una actuación negligente puesto que “*de haber recibido la correcta información relativa a los riesgos de la segunda intervención jamás se hubiera accedido a la misma, así como no se adoptaron las medidas terapéuticas más adecuadas a la clínica del paciente*”. Reprochaba también que no se pusieron todos los medios para evitar el fallecimiento del paciente aunque no se especificaba cuáles eran esos medios omitidos.

Reclamaba por ello una indemnización de 81.483,30 € por los daños (incluidos los daños morales) ocasionados a ella y a sus cinco hijos por el fallecimiento de su esposo.

Acompañaba el certificado de defunción del paciente (de 83 años) y el libro de familia por el que se acreditaba la relación de parentesco y la filiación de cinco hijos, todos ellos mayores edad.

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

Constan entre los antecedentes del paciente que se había sometido a varias intervenciones de revascularización en el miembro inferior derecho: en 2007 se le practicó un bypass fémoro-poplíteo derecho por isquemia crónica, que tuvo que ser reintervenido por oclusión en abril de 2010 y en abril de 2014. Además presentaba hipertensión arterial, EPOC, lupus cutáneo, prótesis en la rodilla derecha, cirugía de varices en miembros inferiores y hernia inguinal izquierda intervenida.

En septiembre de 2015 el paciente acudió a Urgencias por dolor en el pie derecho y, tras la exploración física, la exploración vascular y un doppler, se diagnosticó la oclusión del bypass fémoro-poplíteo y se recomendó anticoagulación ante la ausencia de dolor en reposo y estudio preoperatorio y arteriográfico ambulatorio.

El 8 de octubre de 2015 se realizó al paciente una arteriografía de aorta y de miembros inferiores y una ecografía de abdomen y, dado que se trataba de un paciente mayor ya intervenido, que no tenía la vena safena en esa extremidad -por lo que habría que hacerle un bypass distal- y el dolor estaba controlado, se trató con un fármaco anticoagulante que sería vigilado mensualmente. Estaba pendiente de un eco-doppler de aorta en diciembre por presentar un aneurisma abdominal de 42 mm de diámetro. Ante el empeoramiento vascular en noviembre (dolor en reposo y claudicación a distancias muy cortas) y con el juicio clínico de isquemia crítica en el pie derecho sin respuesta a tratamiento conservador, se decidió operar para evitar la amputación.

Tras los estudios preoperatorios pertinentes (eco-doppler y valoración anestésica con riesgo ASA III) se mantuvo al paciente con heparina y en sesión clínica se decidió realizar una arteriografía intraoperatoria y efectuar la intervención quirúrgica mediante bypass distal compuesto, al entender que era la mejor opción terapéutica para que el paciente no perdiera su pierna derecha.

El paciente firmó el documento de consentimiento informado en el que constaba que el riesgo de muerte oscilaba entre el 1 y el 5 % y que la tasa de salvación del miembro era del 50 %.

El 24 de noviembre se llevó a cabo la intervención y tras mostrar una evolución adecuada en Reanimación, pasó a planta.

El 25 de noviembre se comprobó frialdad pedia y cianosis no fija. Un nuevo eco-doppler mostró la permeabilidad del bypass pero no se identificó flujo en TA distal. Dada la sospecha de oclusión del bypass venoso con el riesgo de pérdida de la extremidad se decidió reintervenir al paciente. Consta en el expediente la firma del consentimiento informado para la anestesia el mismo día 25 de noviembre pero no se firmó documento de consentimiento informado para la nueva intervención. La intervención consistió en la realización de un bypass

fémoro-tibial anterior derecho en pierna con prótesis. En la intervención el paciente sufrió múltiples sangrados por lo que se le tuvieron que transfundir 8 concentrados de hematíes.

En Reanimación el paciente permaneció intubado y con ventilación mecánica. Mostró inestabilidad hemodinámica, problemas renales y cardiacos que no pudieron revertirse. Ante la mala evolución de carácter irreversible se limitó el esfuerzo terapéutico y falleció el 27 de noviembre.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y en 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 (en adelante, RPRP).

Se incorporó al expediente la historia clínica del HUDO y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se adjuntó el informe del Servicio de Angiología y Cirugía Vasculat de 22 de junio de 2016. En el informe se indicaba que el paciente presentaba una enfermedad crónica de las extremidades inferiores y de la aorta, producida por arteriosclerosis y agravada por sus antecedentes (hipertensión arterial, dislipemia, tabaquismo), lo que determinó la necesidad de realizarle en repetidas ocasiones seis cirugías en el miembro inferior derecho (donde era portador también de una prótesis de rodilla con otra intervención quirúrgica sobre la misma extremidad). Ante el dolor que presentaba el paciente y la isquemia crítica, estaba indicada la necesidad de operar para evitar la amputación, pero con unos riesgos de muerte por la propia intervención y todas las enfermedades asociadas del enfermo: *“Los Factores de riesgo cardiovascular del paciente que agravan cualquier procedimiento vascular*

*quirúrgico y la evolución de la enfermedad en las extremidades eran: Exfumador, hipertensión y dislipemia, así como lupus cutáneo”.*

Según el informe, la evolución crónica de la enfermedad impidió la curación mediante la realización de cirugías que permitieran aportar más sangre a la extremidad donde las arterias estaban obstruidas. *“En el último ingreso el paciente tenía muy pocas posibilidades de salvar la extremidad, a pesar de que se pusieron todos los medios a nuestro alcance, y que no se relacionan con un retraso en el tratamiento, sino con la supervivencia de la extremidad y el riesgo que conlleva una nueva intervención en un paciente multi-operado y con mal pronóstico en función de los hallazgos arteriográficos”.* Se afirmaba en el informe que de esta situación se informó al paciente y a sus familiares y también de la necesidad de una nueva cirugía y mostraron su consentimiento verbal.

Por su parte, el informe de la Inspección Sanitaria, de 28 de abril de 2017, concluyó que no se podía hablar de mala praxis quirúrgica puesto que el paciente fue correctamente estudiado antes de la intervención, se trató su caso de forma colegiada en sesión clínica, se intervino conforme a técnicas quirúrgicas contrastadas y sin que en los protocolos quirúrgicos se consignasen hechos o actuaciones dudosas.

Pero prosigue en los siguientes términos:

*“Sin embargo y aunque la muerte de [el paciente] debe atribuirse a su mala situación de base, recordemos que se trata de un paciente de 83 años con destacados factores de riesgo y con serios problemas vasculares periféricos, creemos que desde un punto de vista más global la actuación de los facultativos no fue correcta en todo momento ya que se debió de recabar el Consentimiento Informado por escrito de nuevo ya que, a nuestro juicio, una reintervención quirúrgica urgente -como se etiqueta la segunda intervención de [el paciente] en la H.C.- no puede ser considerada una continuación de*

*la primera, por lo que no es válido el anterior Consentimiento Informado.*

*Las alternativas estaban claras: o la pérdida del MID o someterse a una segunda IQ. Pero quien debía haber tomado esa decisión era el paciente, que entendemos que estaba lúcido y consciente, y debía haberla tomado dejando constancia de la misma, tal y como previene la Ley de Autonomía del Paciente, independientemente de las opiniones de familiares, médicos o allegados”.*

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se evacuó el oportuno trámite de audiencia. En las alegaciones presentadas el 16 de noviembre de 2017, la reclamante, por medio de una abogada de la que aportó el poder de representación, centró su reproche, primero, en el alta del paciente solo con tratamiento farmacológico a pesar de la obstrucción del bypass que, a su entender, motivó que el paciente empeorase y sufriese una gangrena, y, segundo, en el defecto de consentimiento de la intervención del 25 de noviembre que consideraba que no era tan urgente que no hubiera podido informarse de los riesgos que entrañaba. Argüía que no era a los médicos a los que correspondía decidir sobre la vida del paciente, sino que la decisión de optar entre las opciones a la intervención le correspondía exclusivamente a él.

El 1 de febrero de 2018 la secretaria general del SERMAS por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución que desestimó la reclamación al considerar que se actuó conforme a la *lex artis* en el proceso asistencial, y en la intervención de 25 de noviembre, al ser una intervención de emergencia con riesgo inminente de pérdida de perder la pierna, primó la rapidez en la actuación para salvar el miembro por lo que se informó verbalmente al paciente y a la familia de la necesidad de dicha intervención y la -de hecho el paciente firmó el documento informado de la anestesia-. Además en el documento de consentimiento informado de la intervención

realizada 48 horas antes ya se reseñaba la posibilidad de realizar un procedimiento distinto sin necesidad de consentimiento previo si surgiera alguna situación urgente.

**CUARTO.-** El 14 de febrero de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid un escrito del viceconsejero de Sanidad por el que, por delegación del consejero de Sanidad, se formuló preceptiva consulta.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. María Dolores Sánchez Delgado que formuló y firmó la correspondiente propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 22 de marzo de 2018.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 €, y por solicitud delegada del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de



Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y al RPRP, al haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

En cuanto a la legitimación activa, la reclamante, esposa del fallecido, solicita una indemnización por los daños ocasionados a ella y a sus cinco hijos por el fallecimiento del paciente. Sin embargo no consta que los hijos, todos mayores de edad según la copia del Libro de Familia aportado, hayan otorgado su representación a su madre.

Como es sabido, de conformidad con el artículo 32.3 de la LRJ-PAC, para *“formular solicitudes deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”*. La reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es una solicitud de inicio de un procedimiento de acuerdo con la definición de solicitud del artículo 70 de la LRJ-PAC, razón por la cual si una persona actúa en nombre y representación de otra debe aportar poder suficiente para ello. Por ello, la reclamante no tiene legitimación activa para reclamar en nombre de sus hijos, que podían haber reclamado la indemnización por sí mismos al ser mayores de edad.

En la reclamación cabe diferenciar dos reproches distintos.

Por un lado, se reclama genéricamente por el fallecimiento del esposo por una mala praxis médica al no emplearse todos los medios para evitar el fallecimiento del paciente. En alegaciones se concretó que se le dio de alta solo con tratamiento farmacológico a pesar de la obstrucción del bypass, por lo que el paciente empeoró y sufrió una gangrena en el pie.

En cuanto a este aspecto, la reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, ya que sufre el daño moral causado por el fallecimiento de su familiar. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco con el fallecido mediante la presentación de fotocopia del Libro de Familia.

Además, se reprocha a la Administración Sanitaria la falta de consentimiento en la intervención de 25 de noviembre. Debemos, no obstante, afirmar que la interesada carece de legitimación activa para reclamar por este concepto.

Respecto a la legitimación para instar el resarcimiento de los daños producidos por defectos del consentimiento informado, esta Comisión ya ha indicado, entre otros, en los dictámenes 46/16, de 28 de abril y 166/16, de 9 de junio, siguiendo la doctrina sentada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 61/13, de 27 de febrero, 96/14, de 5 de marzo, 178/14 y 38/15, por ejemplo) que el perjuicio derivado de una posible irregularidad en este ámbito constituye un daño moral que, como tal, tiene carácter personalísimo y, por tanto, intransmisible a los herederos, de tal forma que solo el paciente puede reclamar por la vulneración de su autonomía.

Según el citado Dictamen 38/15 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid la indemnización que a una persona le pudiera corresponder por los daños que el funcionamiento (normal o anormal) de un servicio público le hubiera causado viene a ser un derecho de crédito

pero sólo a favor de esa persona. Este derecho de crédito, aunque tenga contenido patrimonial, es de carácter personalísimo, no es transmisible y, por tanto, se extingue con la muerte de la persona dañada que no formuló reclamación. El Consejo sostenía esta postura al margen de la distinción entre daños morales, por un lado, y daños físicos o materiales, por otro, porque los daños de cualquier clase inferidos a una persona difunta no pueden ser el sustento de una reclamación planteada por sus herederos.

En el caso de la falta de consentimiento informado, que se trata de un daño personalísimo se deduce del artículo 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, según el cual el titular del derecho a la información es el propio paciente. Este mismo carácter de daño moral predicable del perjuicio derivado de la privación de la posibilidad de decidir de forma voluntaria y consciente su sometimiento a una intervención quirúrgica ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así, en la STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que en los referidos casos se inflige “(...) *un daño moral que nace per se por el mero hecho de obviar al paciente una información que le es debida, incluso si se prueba que la intervención fue correcta y necesaria para mejorar la salud del enfermo*”.

El Tribunal Constitucional considera que la privación de la posibilidad de decidir de forma voluntaria y consciente su sometimiento a una intervención quirúrgica es una vulneración de la integridad física y moral del paciente. Y, precisamente, por tratarse de un daño infligido al paciente, no cabe que los familiares lo reclamen ya que carecen de legitimación activa para ello.

Esta es la postura que viene manteniendo esta Comisión sin que se ignore que ha habido pronunciamientos judiciales que han variado tal criterio al respecto. Sin embargo este cambio de criterio parece venir

sustentado no en el convencimiento alcanzado tras una fundamentación jurídica razonada sino más bien basada en dos sentencias del Tribunal Supremo (STS de 13 de septiembre de 2012, -rec: 2019/2009- y STS de 26 de marzo de 2012 -rec: 3531/2010-). No obstante, es de hacer notar que tales pronunciamientos no constituyen jurisprudencia consolidada puesto que la primera de estas sentencias del Alto Tribunal, de la jurisdicción civil, resuelve un caso totalmente distinto no extrapolable al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La otra sentencia del Tribunal Supremo citada sí se refiere a una paciente que falleció sin haber prestado su consentimiento a la intervención de cesárea que le iban a practicar y en la cual, sin entrar a motivar el cambio de criterio, ni establecer un criterio que fundamente o argumente un razonamiento de generalidad en estos casos, se limita a reconocer legitimación activa al cónyuge para reclamar ese daño personalísimo.

Por ello mantenemos la falta de legitimación activa de la reclamante para reclamar por el daño personalísimo derivado de defectos del consentimiento informado.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue causado en un centro sanitario de la red pública asistencial madrileña.

Respecto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el presente caso, el *dies a quo* es el día en que se produjo el fallecimiento del paciente, el 27 de noviembre de 2015, por lo que es claro que la reclamación presentada el 8 de abril de 2016 está presentada dentro del plazo legalmente establecido.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación, al haberse llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental. Así, además de la historia clínica, de acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se ha recabado informe del servicio implicado y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria que obra en el expediente.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a la reclamante de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC, que formuló alegaciones, tras la que se dictó la correspondiente propuesta de resolución.

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

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada Ley 39/2015, y que, en términos generales, coincide con los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC que resulta de aplicación.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por la reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que la reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

*“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el*

*funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.*

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19/5/2015, RC 4397/2010) ha señalado 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, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la

*ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.*

**CUARTA.-** Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que *“(…) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.*

En este caso, el daño es el fallecimiento del paciente que constituye un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 –recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999-) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 –recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 -recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica.

Ahora bien, para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, no basta con acreditar la existencia de un daño, sino que es necesario acreditar que éste se halla relacionado, cuando de la



asistencia sanitaria se trata, con una actuación contraria a los principios de la *lex artis ad hoc*, que procedemos a analizar.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación.

Según la reclamante, no se emplearon todos los medios necesarios para evitar el fatal desenlace y se le dio el alta indebidamente con tratamiento farmacológico, lo que empeoró la situación del paciente. Sin embargo, hemos de subrayar que la reclamante no aporta prueba alguna que sustente su alegación de mala praxis.

Como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso 154/2013) *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”,* recordando el especial valor del informe de la Inspección Sanitaria que aunque *“(...) no constituye prueba pericial en sentido propiamente dicho, sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del Médico Inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.*

Por ello, ante la falta de prueba aportada por la reclamante es necesario acudir a la historia clínica y a los informes médicos obrantes en el expediente, y singularmente al de la Inspección Sanitaria.

Según consta en la historia clínica (folio 18 del expediente) se le realizó una arteriografía de aorta y de miembros inferiores y una ecografía de abdomen el 8 de octubre de 2015 y se le dio el alta para valorar los resultados en sesión clínica. Tras su análisis, ante la ausencia de dolor en reposo y dado que se trataba de un paciente mayor ya intervenido que no tenía la vena safena en esa extremidad -por lo que habría que hacerle un bypass distal-, se recomendó anticoagulación que sería controlada mensualmente. Cuando el dolor se manifestó ya también en reposo, tras realizar un eco-doppler, fue cuando se decidió intervenir.

La Inspección Sanitaria por su parte, después de examinar la historia clínica concluyó que no existía mala praxis, se trató su caso de forma colegiada en sesión clínica y se intervino cuando hubo evidencia de isquemia crítica conforme a técnicas quirúrgicas contrastadas sin que en los protocolos quirúrgicos se consignasen hechos o actuaciones dudosas.

A falta de otro criterio médico hemos coincidir con su informe, que, como ya hemos dicho, obedece a criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad tal y como ha declarado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de febrero de 2016 (recurso 459/2013) y, por tanto, hay que rechazar el reproche de la reclamante, no respaldado por prueba alguna.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación presentada al no haberse acreditado la existencia de *mala praxis* en la atención dispensada al paciente ni concurrir la antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 22 de marzo de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 141/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid