

Dictamen n^o: **427/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **20.07.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 20 de julio de 2011 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por R.M.R, J.M.R., J.A.M.R, S.M.R. y P.M.R., V.S.M. y J.R.P., en adelante, “*los reclamantes*”, en nombre y representación de J.M.M.R, por presunto error quirúrgico y falta de información, en la asistencia sanitaria prestada a éste último en el Hospital Gregorio Marañón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 4 de junio de 2008, los reclamantes presentaron escrito, en el que solicitaron una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, a su juicio, por una deficiente asistencia sanitaria dispensada a su hermano e hijo, respectivamente, por parte del Hospital Universitario Gregorio Marañón, donde estuvo ingresado desde el 21 de agosto de 2007 hasta el 5 de marzo de 2008 en que falleció, al entender que su fallecimiento fue consecuencia de la mala praxis médica en la intervención quirúrgica de reducción de estómago a la que fue sometido, la cual consideran que fue innecesaria y que se practicó sin el debido consentimiento informado, por cuanto el paciente padecía un retraso

mental y no estaba capacitado para autorizar la intervención, sin que los familiares fuesen informados de la misma y de sus posibles riesgos.

Posteriormente, el 4 de marzo de 2009, se formuló formalmente nuevo escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial con asistencia de letrado que, unido a lo anterior, y en similares términos, exponen, en síntesis, que:

1) El paciente, con una patología de rodilla, fue intervenido de una gastrectomía tubular laparoscópica sin padecer ya obesidad mórbida (para los reclamantes no venía indicada la intervención bariátrica sino la colocación de banda gástrica).

2) Por su patología mental no se encontraba capacitado para firmar el consentimiento informado que se le puso a firma.

3) Tras un mal postoperatorio hubo de ser reintervenido de dehiscencia de suturas y fuga anastomótica por no utilizar la técnica quirúrgica más adecuada.

4) Posteriormente padeció una tercera intervención, se vio afectado por varias bacterias hospitalarias, y finalmente falleció a consecuencia de un cuadro de sepsis abdominal y fallo multiorgánico, resultado desproporcionado.

5) Jamás fue intervenido de rodilla, motivo del ingreso.

Los reclamantes cuantifican el importe de la reclamación en 320.000 euros.

Los hechos derivados del expediente administrativo son los siguientes:

El paciente, de 42 años en el momento de los hechos, con antecedentes de obesidad mórbida, úlceras en miembros inferiores y osteomielitis de tobillo izquierdo, celulitis de pierna, fracaso renal agudo asociado a

administración de AINES, ulcus duodenal de la misma etiología, hipertensión arterial, síndrome de apnea obstructiva del sueño, e insuficiencia respiratoria global crónica, acude a urgencias del Hospital Gregorio Marañón, el 21 de agosto de 2007, remitido por su endocrino, por aumento de sus edemas en miembros inferiores, de 4 meses de evolución, más acentuados en los últimos quince días y hormigueos en los miembros inferiores y superiores. Mantiene un peso de 140 kgs., según refiere, desde hacía 25 años, con una altura de 162 cm. No ha hecho dieta y su alimentación ha sido irregular. Queda ingresado en el Hospital permaneciendo en él hasta el 5 de marzo de 2008, en que fallece.

A su ingreso la situación del paciente es grave, y así se le hace saber a la familia. Presenta desaturación que mejora con ventilación asistida no invasiva; la analítica muestra acidosis mixta (metabólica y respiratoria) con ph de 7,16; hipoalbuminemia, deterioro de la función renal, e importantes edemas con fórea hasta la raíz del muslo, alteraciones tróficas en relación con insuficiencia venosa crónica.

En el Servicio de Endocrinología le plantearon el ingreso para cirugía bariátrica. El paciente hace vida cama-sillón por el aumento del diámetro de los miembros inferiores y aumento de la disnea, y su proceso renal progresivo hace inminente la necesidad de diálisis. Se plantea la posibilidad de colocación de un balón intragástrico, mientras se corrigen sus otros problemas, para posteriormente hacer cirugía bariátrica. En septiembre de 2007 se inicia nutrición enteral, suspendiéndose la alimentación oral (folio 958) hasta diciembre, en que se reanuda. A fecha 29 de octubre se había conseguido disminuir el peso hasta llegar a los 104 kg (folio 971) y en enero de 2008 se había estabilizado en 92 kg (folio 978).

Es valorado por el servicio de Nefrología, que diagnostica insuficiencia renal severa y crónica e insuficiencia respiratoria severa. El 3 de septiembre

se le realiza implantación de catéter perm-cath y posteriormente se inicia hemodiálisis.

Se realiza también interconsulta a Traumatología donde, tras hacerle una Tomografía Computarizada (TC) de extremidades inferiores el 14 de noviembre de 2007, por luxación de la rótula derecha, se observa atrofia muscular en ambas pantorrillas, con adelgazamiento e infiltración de grasa en planos musculares, derrame articular con un quiste de Backer en rodilla derecha, cambios artrósicos en el compartimento femoropatelar izquierda, y tornillos en platillo tibial en relación con una osteotomía tibial valguizante. Se presenta el caso en sesión clínica de traumatología y se descarta por el momento la intervención quirúrgica de la luxación de rodilla por escasos beneficios, dada la poca masa muscular que tiene el paciente, y se decide dar prioridad a la cirugía bariátrica (folio 1314). El 22 de noviembre comienza rehabilitación para fortalecer la masa muscular e iniciar la deambulaci3n (folio 951).

En el mes de noviembre de 2007 el paciente ha perdido 50 Kgs., pero sigue presentando imposibilidad para la deambulaci3n, insuficiencia respiratoria e insuficiencia renal tratada con diálisis. A principios de diciembre comienza a caminar.

En sesi3n conjunta de nutrici3n, nefrología y endocrinología, realizada en diciembre de 2007, se considera la necesidad de realizar cirugía bariátrica, ya que las posibilidades de que el paciente recupere peso son muy elevadas. Se considera que se trata de un caso excepcional, pero que la gastrectomía tubular puede aumentar las posibilidades de éxito (folio 979).

Previa firma del consentimiento informado por el paciente, el 11 de enero de 2008 se realiza gastropластиa tubular. En la intervenci3n se comprueba la sutura con aire. En el posoperatorio presenta inestabilidad hemodinámica, por lo que se realiza revisi3n mediante laparoscopia, el día

12 de enero, que muestra una fuga de la línea de sutura, por lo que se sutura y se realiza refuerzo de líneas de sutura.

En la exploración física del 24 de enero el abdomen está blando y depresible, salvo induración alrededor de la laparotomía, no presenta signos de peritonitis. Se produce sangrado a través de la mitad de la laparotomía. Se retiran dos grapas y se comprueba que no existen dehiscencias de la pared abdominal. Se llega al diagnóstico de hematoma de la herida quirúrgica (folio 1382).

A partir del 30 de enero presenta fiebre, dolor abdominal y malestar general, así como vómitos con restos hemáticos. El 1 de febrero se realiza TAC abdominal, apreciándose fuga a nivel de la herida de la gastroplastía, sin líquido libre. Debido a la estabilidad del paciente y la mejora de la clínica, se decide actitud expectante (folios 1356 y 1357).

El 4 de febrero de 2008 el paciente presenta exudado fecaloide a través de la herida, y la analítica realizada 24 horas antes mostraba leucocitosis en aumento con desviación a la izquierda (llegando a 25000) con una acidosis importante (ph 7,22). Se objetiva salida de azul de metileno a los pocos segundos de la ingesta, por la herida quirúrgica, por lo que se decide cirugía urgente (folios 1358 y 1359), para desconexión y yeyunostomía de alimentación. Se coloca sonda Foley en el extremo proximal y se hace abundante lavado con suero fisiológico.

En el posoperatorio inmediato presenta hipotensión, taquicardia y dificultad para la ventilación mecánica por lo que se le conecta a ventilación controlada. Se le realiza radiografía de tórax el 5 de febrero, que muestra infiltrado bilateral y cardiomegalia. Para el control del dolor se le pauta cloruro mórfico.

El 8 de febrero se observa salida de material fecaloide por el drenaje. Dada la situación clínica del paciente, que se mantiene

hemodinámicamente estable y afebril en las últimas 48 horas, se suspende la nutrición enteral.

El 21 de febrero se realiza un tránsito intestinal a través de la yeyunostomía y no se observa fuga (folio 1429). Al día siguiente se realiza fibrobroncoscopia, aspirándose secreciones del árbol branquial izquierdo. La radiografía de tórax realizada tras la fibrobroncoscopia muestra el pulmón izquierdo más aireado, pero el día 24 de febrero la radiografía muestra atelectasia completa del pulmón izquierdo, que requirió fibrobroncoscopia para aspiración de secreciones, con escaso resultado. Este cuadro reapareció en varias ocasiones. Necesitó ventilación mecánica desde el día 24 de febrero de 2008.

Ingresa en reanimación el 21 de febrero por sepsis intraabdominal por proteus cándida y enterococo, que fue tratada con Caspofungina y Carbenicilina. Los hemocultivos fueron positivos a Staphylococcus epidermis MR, con cultivos diferenciales que sugieren su origen en el catéter perm-a-cath. Se instaura tratamiento con Vancomicina (folios 1730 a 1732).

El 25 de febrero, al vaciar el manguito del tubo orotraqueal sale sangre roja por la boca, posiblemente procedente del esófago (folio 1722); se decide revisión quirúrgica en la que se encuentra el estómago abierto, por lo que se realiza desconexión, cierre duodenal, resección del cuerpo medio del tubo gástrico y cierre proximal sobre sonda de Foley; se realiza un cierre temporal con técnica de sándwich sobre Jackson-Pratt (folio 1472). Se informa a la familia de su situación crítica.

Continúa sangrando, por lo que el 26 de febrero de 2008 se interviene de nuevo para realizar revisión de hemostasia más Packing, y abundantes lavados con suero (folio 1473). Dos días después se retira el Packing,

observándose escaso sangrado y se realiza gastroyeyunostomía, dejando un canal alimentario corto (folio 1474).

Se produce shock séptico que requirió tratamiento habitual con vasopresores, antibióticos, corticoides etc. Se pudo retirar el soporte vasoactivo el día 1 de marzo de 2008, pero tuvo que reiniciarse 24 horas más tarde. La situación del paciente se fue deteriorando progresivamente desde el punto de vista hemodinámico, sin respuesta al tratamiento, falleciendo el 5 de marzo de 2008.

En el informe de alta por éxitus se indican como diagnósticos: *“po de cirugía bariátrica, shock séptico secundario a sepsis abdominal, disfunción multiorgánica, éxitus, los previos”* (folio 61).

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por el Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Se han practicado requerimientos de fechas 9 de agosto y 19 de diciembre a fin de acreditar la relación de parentesco.

De conformidad con el artículo 10.1 del precitado reglamento, el órgano de instrucción ha solicitado informe a los servicios cuyo funcionamiento presuntamente han ocasionado la lesión indemnizable.

Se ha emitido informe por el Responsable de la Sección de Cirugía de Urgencias, de fecha 4 de mayo de 2009, en el que se señala que: *“El paciente entendía perfectamente la indicación y el motivo de la intervención quirúrgica de su obesidad mórbida, habiendo sido informado*

de la misma en repetidas ocasiones por la Unidad de Nutrición (...), y por mí mismo, firmando el consentimiento informado sin ningún problema.

Se eligió la gastrectomía tubular laparoscópica por ser una intervención de menor riesgo que el bypass gástrico, a pesar de lo cual presentó una fuga de la línea de grapas del stapler que motivó 3 reintervenciones. En todo momento estuvo intensa y perfectamente atendido e informado del curso de su proceso postoperatorio, al igual que sus familiares, y en todo momento se hizo todo lo posible por solucionar los problemas que fueron surgiendo, falleciendo desgraciadamente de un cuadro de fracaso multiorgánico al que contribuyó, de manera decisiva, su insuficiencia renal previa dependiente de diálisis cada 48 horas”.

El Médico Adjunto de la Unidad de Nutrición Clínica y Dietética emite informe el 18 de noviembre de 2009, remitiéndose a uno anterior de fecha 23 de abril de 2008, en el declara que “*Valoré por primera vez al paciente el día 4 de Septiembre de 2007, a petición del Servicio de Endocrinología.*

Se trataba de un paciente de 42 años de edad con antecedentes de HTA, obesidad mórbida, varios ingresos hospitalarios por sepsis, insuficiencia renal, ingreso en UCI, Síndrome de Apnea obstructiva del sueño, según consta en la historia clínica.

El paciente había ingresado en el Hospital en Agosto de 2007 por presentar deterioro de su situación clínica, insuficiencia respiratoria grave, edemas en miembros inferiores. Insuficiencia renal con necesidad de hemodiálisis.

Al interrogatorio, refería mantener un peso en torno a los 140 kg. desde hacía años. En los últimos meses presentaba una importante limitación en su movilidad.

El paciente presentaba una obesidad grave, con imposibilidad para levantarse de la cama. Existían signos de linfedema crónico en miembros inferiores y edema de pared abdominal, por lo que es muy probable que parte del peso del paciente correspondiera a aumento del agua corporal total.

En un primer momento, no fue posible pesar o tallar al paciente, no porque no existiera un peso en el hospital, como señala la familia, sino porque las circunstancias del paciente no lo permitían. Este hospital dispone de varias básculas, además de las convencionales, para pesar a pacientes: básculas de silla, báscula que permite pesar silla de ruedas y una báscula especial para obesos mórbidos, con una amplia base de sustentación. La imposibilidad del paciente para moverse, sentarse en silla de ruedas etc. impedía utilizarlas. Tampoco se pudo pesar en báscula-grúa, ya que el peso superaba el máximo del dispositivo. Estas básculas pudieron utilizarse posteriormente.

Los datos analíticos revelaron un descenso de las proteínas viscerales con albúmina de 1,3 g/dl y descenso de ácido fólico y vitamina B12”.

El Jefe de la Unidad de Obesidad, emitió informe, en fecha 25 de mayo de 2009, señalando que la indicación de cirugía bariátrica se estableció en base a los criterios aceptados en la comunidad científica y adjunta Documento de Consenso sobre Cirugía Bariátrica, elaborado por la Sociedad Española para el Estudio de la Obesidad (SEEDO) y la Sociedad Española de Cirugía de la Obesidad (SECO), y documento de ésta última sobre la gastrectomía tubular por laparoscópica, técnica que se consideró más adecuada para este caso.

Asimismo, la Inspección Sanitaria ha emitido informe en el que concluye que: “(...)”.

Se trataba de un paciente de 42 años que había ingresado en Septiembre de 2007 por presentar un deterioro de su situación clínica con importante limitación de su movilidad por obesidad grave con imposibilidad para levantarse de la cama. Presentaba además linfedema crónico en miembros inferiores, insuficiencia renal que precisaba diálisis entre otras patologías. Precisaba el paciente de una pérdida de peso corporal suficiente y mantenida en el tiempo para mejorar su situación clínica y su patología asociada. Se informó al paciente y sus familiares de la situación clínica y el planteamiento terapéutico y estuvieron de acuerdo. El tratamiento consistió en mantener al paciente con nutrición enteral, llegándose a alcanzar un peso mínimo en torno a los 92-95 Kg., disminuyendo el linfedema en miembros inferiores para posteriormente realizar una gastrectomía tubular laparoscópica, intervención de menor riesgo que el bypass gástrico, a pesar de lo cual presentó una fuga de la línea de grapas que motivó varias reintervenciones y al final presentó un cuadro de fracaso multiorgánico al que contribuyó decisivamente la insuficiencia renal que padecía, por lo que falleció.

Se trataba por tanto de una intervención imprescindible para la supervivencia del paciente pero que dada la patología que ya presentaba no pudo sobrellevar.

7. CONCLUSIONES.

De la información recogida se deduce que la asistencia prestada al paciente ha sido la correcta, habiéndose utilizado todos los medios de que se dispone para solucionar sus patologías y estando el paciente conforme con el tratamiento, aunque desgraciadamente el resultado final haya sido su fallecimiento”.

Tras la emisión de dichos informes se ha cumplimentado, adecuadamente, el trámite de audiencia, en fecha 16 de febrero de 2010, sin que conste la presentación de alegación alguna por los reclamantes.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 15 de diciembre de 2011.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 10 de junio de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 17 de junio de 2011, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Dña. M^a José Campos Bucé que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 20 de julio de 2011.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación, sin foliar y desordenada.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser la cuantía de la indemnización superior a quince mil euros, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por ser los familiares del fallecido. La relación de parentesco ha quedado acreditada, mediante la copia del libro de familia, en relación a todos los reclamantes, excepto por lo que se refiere a V.S.M., que no ha quedado probado el parentesco con el finado.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al encontrarse el Hospital Gregorio Marañón, cuya asistencia sanitaria se discute, integrado en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*. En el caso objeto del presente dictamen el *dies a quo* para el cómputo del plazo es la fecha del fallecimiento del paciente, el 5 de marzo de 2008, por lo que habiéndose interpuesto la reclamación conjuntamente por todos los reclamantes el 4 de marzo del año siguiente, ha de reputarse interpuesta en plazo.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía

de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado 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. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por las Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

El procedimiento se ha tramitado correctamente por el órgano de instrucción, en cuanto ha solicitado los correspondientes informes a los servicios intervinientes, habiendo sido adecuadamente cumplimentado.

Asimismo, se ha concedido trámite de audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del mismo reglamento, sin que conste que se hayan presentado alegaciones.

CUARTA.- Entrando en el análisis de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la

normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la

posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- En el caso que nos ocupa está acreditado el fallecimiento de una persona, mediante informe médico, que provoca 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. No habiéndose reclamado ni acreditado la dependencia económica de los reclamantes respecto del finado, el daño se circunscribe al estrictamente moral.

En el ámbito sanitario la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y de 23 de febrero de 2009 (Recurso nº 7840/2004) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”*.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), señala: *“lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis”*.

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) establecen que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”*. Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

En otro orden de cosas, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000–, entre otras).

Reprochan los reclamantes que el paciente fue sometido a una cirugía bariátrica por su obesidad mórbida que, a su juicio, no estaba indicada y, además, la técnica empleada –gastrectomía tubular– no era la adecuada, siendo más correcto el bypass gástrico.

Sin embargo, la adecuación a la *lex artis* que de los informes obrantes en el expediente se infiere no ha sido contradicha por los reclamantes con medios probatorios, que no aportan, ni proponen ninguna prueba de la vulneración de las buenas prácticas médicas por la actuación sanitaria, de la

que pudieran derivarse resultados indemnizatorios para la Administración, más allá de sus alegaciones que no hacen prueba de lo cuestionado.

Por el contrario, del Informe de la Inspección Médica se infiere que la actuación médica dispensada al familiar de los reclamantes puede calificarse como correcta, al haberse aplicado los medios diagnósticos y asistenciales, así como los tratamientos necesarios e indicados para la clínica que presentaba el paciente. Según el meritado informe, la cirugía bariátrica a la que fue sometido “*era imprescindible para la supervivencia del paciente*”, si bien dadas las patologías de base que padecía no pudo superar las complicaciones que se produjeron. Asimismo, se indica que la técnica bariátrica empleada, la gastrectomía tubular laparoscópica entrañaba menor riesgo que el bypass gástrico.

A pesar de las afirmaciones de los reclamantes, ayunas de prueba que las avale, sobre la contraindicación de la cirugía bariátrica, un análisis de la extensa y desordenada historia clínica que ha sido remitida a este Consejo pone de manifiesto que, a pesar de que se había conseguido reducir el peso del paciente en aproximadamente 50 kg. y alcanzar un índice de masa corporal de 34 al mantenerle con nutrición enteral, se trató en sesión clínica de tres especialidades distintas la decisión de someterlo a cirugía bariátrica, dadas las altas probabilidades de que el paciente recuperase el peso perdido, así como por las dificultades de movimiento, la dificultad para someterlo a diálisis y la decisión del traumatólogo de posponer la cirugía de la rodilla hasta que no perdiera más peso y mejorase la capacidad funcional con la rehabilitación. Asimismo, se eligió la gastroplastia tubular por ser de menor riesgo.

Por otra parte, entienden los reclamantes que el paciente ingresó para la intervención quirúrgica de la rodilla y, en lugar de realizarse esta intervención, se re practicó la cirugía bariátrica. En relación a este extremo, de la historia clínica se deriva que el motivo del ingreso en urgencias fue el

empeoramiento de los edemas que presentaba en las piernas. Además, una vez diagnosticada la luxación de rodilla en noviembre, a lo largo de la historia clínica aparecen múltiples referencias a la necesidad de posponer la cirugía traumatológica dado los escasos beneficios que podía presentar, hasta que el paciente perdiera peso, y realizara rehabilitación para recuperar masa muscular y movilidad. Específicamente el caso se presentó en sesión clínica de traumatología de 20 de noviembre, en la que se decidió dar prioridad a la cirugía bariátrica.

Como ha quedado relatado en los antecedentes de hecho, una vez realizada la cirugía bariátrica se produjeron diversas complicaciones derivadas de la intervención: fuga de las grapas, hemorragias, sepsis intrabdominal, que obligaron a diversas reintervenciones quirúrgicas, que, asociadas a las patologías previas del paciente desembocaron en el fatal desenlace. Sin embargo, no obran en el expediente datos que permitan afirmar que la intervención quirúrgica o la técnica empleada no fue respetuosa con la *lex artis*.

SEXTA.- Sentado lo anterior, es preciso analizar si existe la obligación jurídica de soportar el daño; y esta obligación concurre cuando existe la aceptación expresa del paciente o enfermo en el llamado consentimiento informado, por cuanto en los casos de actividad administrativa de prestación, como es la sanitaria, ésta se asume voluntariamente y se debe soportar su posible efecto adverso.

La necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, viene impuesta legalmente en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Más adelante, el artículo 8.1 de la misma Ley dispone sobre el consentimiento informado que “*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 artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”, añadiendo el apartado 2 del mismo artículo que “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”.

Del precepto legal transcrito, se desprende la necesidad de prestar consentimiento por escrito en los casos, entre otros, de intervenciones quirúrgicas, como la que nos ocupa.

En relación a la constancia escrita del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005 señala que *“La exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor «ad probationem» (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000; 10 de febrero de 2004), habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que «al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los números 5 y 6 del artículo 10 la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos...”.*

Respecto de la prueba de la prestación del consentimiento informado en la forma debida, en aplicación de la doctrina de la facilidad y disponibilidad

probatoria, recogida en el artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, “*es a la Administración a quien correspondía demostrar que la paciente fue informada de los riesgos de la operación (hecho positivo) y no la paciente la que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información (hecho negativo)*” [SSTS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a, de 28 de junio de 1999 (recurso de casación número 3740/1995) y de 25 de abril de 2005 (recurso de casación número 4285/2001)].

En definitiva, la doctrina anterior, exige que sea la Administración Sanitaria “*quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención, como establece la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998; 19 abril 1999; 7 marzo 2000 y 12 enero 2001), y que hoy se resuelve a tenor de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge estos criterios jurisprudenciales*” (vid. STS de 29 de septiembre de 2005).

En el caso objeto del presente dictamen, consta en el expediente, en contra de sus manifestaciones, que la paciente prestó por escrito su consentimiento informado a la realización de la intervención quirúrgica, lo que de acuerdo con reiterada jurisprudencia constituye un requisito necesario para la adecuación de la actuación sanitaria al concepto de buenas prácticas, de forma tal que “*el defecto del consentimiento informado se*

considera un incumplimiento de la “lex artis” y supone una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario -valga por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 4415/04)-.

En el documento de consentimiento informado, fechado el 10 de enero de 2008 y firmado por el paciente y el médico informante, se indicaba en el apartado de “*riesgos generales*” de la intervención quirúrgica, entre otras y por lo que a nuestros efectos interesa, “*infección, hemorragia, (...) hematomas, (...). Estos riesgos pueden ser ocasionalmente graves*”. Además, en el apartado de “*riesgos personalizados*” se hace constar “*1) infección herida/intraabdominal, 2) sangrado, 3) dehiscencia de sutura, 4) reintervención*”.

De esta forma el paciente quedaba informado de que, como consecuencia de la realización de la intervención quirúrgica se podían desencadenar estas secuelas, como realmente sucedió, incluso en el supuesto de que la actuación médica fuera irreprochable desde la perspectiva de la *lex artis*, como es el caso.

No obstante, entienden los reclamantes que el paciente se encontraba incapacitado para prestar el consentimiento por retraso mental derivado del síndrome de Bardet-Biedl que padecía.

Sobre este punto es preciso indicar que el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 establece: “*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

En el caso objeto del presente dictamen no consta que el enfermo estuviera incapacitado judicialmente, ni existe en la historia clínica ninguna anotación relativa a que los médicos dudaran de su capacidad de entendimiento. Por el contrario en el informe del Jefe de Servicio de Cirugía General se indica que el paciente entendía perfectamente la indicación y el motivo de la intervención y que fue informado de la misma en repetidas ocasiones.

Además, el examen de la historia clínica desmiente la afirmación de los reclamantes de que los facultativos no informaron al paciente y a su familia de los riesgos, complicaciones y alternativas de su tratamiento. En efecto, diversas anotaciones en las hojas de evolución ponen de manifiesto que tanto el paciente como la familia estaban informados de la situación clínica de aquél en cada momento. Así, en la anotación de 22 de agosto de 2008 se señala: *“paciente en situación grave y así se lo hacemos constar a la familia”*; en la de 4 de septiembre consta que en relación al tratamiento de su obesidad *“hablamos con el paciente y la familia”*; en la anotación del servicio de nutrición correspondiente al 12 de noviembre de 2007 se indica *“en todo momento se ha mantenido informado al paciente y a la familia de la situación clínica y las posibilidades terapéuticas”*. Pero la más

relevante de todas, por lo que aquí interesa, es la anotación del servicio de nutrición del 10 de enero de 2008, en la que se deja constancia de la decisión adoptada en sesión clínica de someter al paciente a la cirugía bariátrica y se anota: *“se informa a la familia y al paciente de los riesgos, posibilidades de éxito y están de acuerdo en que se lleve a cabo el procedimiento”*.

Todo ello revela que no solo el paciente sino también la familia fueron informados de los riesgos y las posibilidades de éxito, prestando su conformidad, si bien por escrito solo lo hizo el paciente.

Al respecto, se puede traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 781/2009, de 9 de diciembre JUR 2010/380066, recaída en un asunto relativo, asimismo, a una cirugía bariátrica en que se alegó la incapacidad de la paciente para entender el alcance de la intervención, y en la que el Tribunal señaló lo siguiente: *“Se achaca también, al analizar la capacidad o incapacidad de la recurrente para comprender el alcance de la intervención y las consecuencias posteriores de la misma, que no dio su consentimiento informado para la intervención, en los términos previstos en el artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente, y que ello implica también responsabilidad en la actuación de la Administración sanitaria demandada.*

El argumento de la parte recurrente se centra en que sólo existe un documento firmado por ella, que es el consentimiento de 6 de noviembre de 2001 para la anestesia general para la intervención de cirugía bariátrica (folios 233 y 234), pero que no es suficiente pues no acredita que mediante el mismo se informara a la paciente de todos los pormenores exigidos en las normas citadas.

Ciertamente el único documento de consentimiento informado firmado por la recurrente es el señalado, para la anestesia de la operación, que puede considerarse suficiente a los efectos, al menos, de comprender los riesgos de la intervención quirúrgica para la que se requiere la anestesia objeto de consentimiento. Debe ponerse este hecho en relación con el resto de los datos que se desprenden del amplísimo historial médico de la paciente. Como se ha puesto de manifiesto, y la propia parte recurrente detalla en sus escritos, con anterioridad a la intervención fue tratada de sus numerosas dolencias derivadas de su obesidad por numerosos Servicios del Hospital de Calatayud, y para minimizar los futuros riesgos y agravamientos de la misma se decidió la intervención quirúrgica. El Dr. M. señala (folios 31 y 32) que la paciente acudió en octubre de 2.001 solicitando la cirugía y el Dr. M. dice (folio 572) que la madre y el hermano de la informada le refieren que meses antes a esta intervención ya llevaba dos años en lista de espera para ser intervenida por obesidad mórbida en el Hospital Clínico de Zaragoza. Relata después el Dr. informante, ante las alternativas de dicho Hospital, que finalmente la madre, por cercanía a su domicilio del Hospital de Calatayud, decidió que la intervención se realizara en el mismo.

Por lo tanto, del largo historial de la paciente en relación con numerosos Servicios médicos ya podía deducirse que la interesada y su familia habrían tomado conocimiento de la importancia de sus dolencias y de las posibilidades de tratamiento de las mismas, y lo relatado por el Dr. M. confirma que así era y que habían sido informados de distintas alternativas de intervención lo que, unido a la visita del mes de octubre de 2001 solicitando la intervención, confirma que tanto ella como su familia estaban al corriente de dichas alternativas aceptando la opción que les pareció más adecuada, aunque formalmente solo tuviera su reflejo en el consentimiento firmado para la anestesia, que por sí solo tampoco hubiera acreditado un cabal conocimiento de todas las posibilidades y consecuencias

de la decisión adoptada, pero que unido al resto de datos indicados hacen concluir que habían obtenido conocimiento suficiente de la solución propuesta. Por ello puede afirmarse que la interesada y su familia conocían suficientemente el alcance de la decisión adoptada, aunque ciertamente el documento de consentimiento firmado no fuera suficiente, por sí solo, para acreditarlo. Y todo ello con independencia de la consideración sobre si la solución propuesta era o no la más adecuada”.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por los servicios sanitarios debe ser desestimada por no concurrir los requisitos necesarios para ello.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 20 de julio de 2011