

Dictamen nº: **106/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.02.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 22 de febrero de 2012, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por J.C.E.M., en nombre propio y en el de sus hermanos, J.E.E.M. y R.E.M., y su madre, A.M.F., hijos y esposa, respectivamente, de J.E.T., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por la deficiente asistencia sanitaria dispensada a éste último por parte del Hospital Gregorio Marañón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 14 de marzo de 2008 en el Ayuntamiento de Puertollano, dirigido al Servicio de Salud de Castilla la Mancha (SESCAM), con entrada en el mismo el 26 de marzo de 2008, y remitido posteriormente al Servicio Madrileño de Salud, con fecha de entrada 16 de mayo de 2008, se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños y perjuicios ocasionados, a su juicio, como consecuencia de la exclusión del familiar de los reclamantes de la lista de espera para trasplante hepático, cuando padecía una hepatopatía crónica, con hipertensión portal y varices esofágicas grado II.

Solicitan por ello una indemnización por importe de seiscientos mil (600.000) euros.

Ante la devolución de la reclamación por parte del Sescam, al entender que no es el organismo competente, se reitera reclamación ante la Consejería de Sanidad, mediante escrito presentado en Correos en fecha que resulta ilegible, con fecha de entrada en la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, el 29 de abril de 2008.

Mediante escrito de fecha 12 de junio de 2008, se requiere la identificación de cada uno de los miembros que componen la comunidad hereditaria o perjudicados, la acreditación de parentesco y la acreditación de la representación que ostenta J.C.E.M.

Dicho requerimiento fue atendido mediante escrito firmado por todos los reclamantes, presentado en Correos y que tuvo entrada en el Registro del Servicio Madrileño de Salud, el 5 de mayo de 2008, acompañando de copia de Libro de Familia, D.N.I. de los reclamantes y testamento del finado.

SEGUNDO.- De la historia clínica y la documentación obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos:

El familiar de los reclamantes ingresó, el 17 de junio de 2004, en el Servicio de Aparato Digestivo–Hepatología del Hospital Gregorio Marañón, remitido desde Castilla-La Mancha con el fin de ser estudiado con vistas a la posible realización de un trasplante hepático. Presentaba como antecedentes médicos: Etilismo importante con abstinencia desde hace un año, fumador, cirrosis hepática de origen alcohólico en estadio Child B con 9 puntos, habiendo sufrido con anterioridad un episodio de descompensación ascítica con cuadro de sepsis por escherichia coli. Varices esofágicas grado II e hipertensión portal.

Durante el ingreso se practicaron diversas pruebas de estudio, incluida la prueba para pretrasplante hepático. Como resultado del estudio, el paciente fue incluido en lista de espera activa para trasplante hepático el 29 de julio de 2004.

Fue valorado periódicamente por el Servicio de Aparato Digestivo, monitorizando su estado hepático y general. Dichas revisiones fueron llevadas a cabo en el Hospital Gregorio Marañón en fechas 10 de octubre y 21 de diciembre de 2004, y 27 de enero y 8 de marzo de 2005.

En estas consultas se constató la mejoría de la función hepática, en probable relación con la abstinencia etílica mantenida, razón por la que se procede el 8 de marzo de 2005, a la exclusión del paciente de la lista de espera por estabilidad de la enfermedad.

En revisión llevada a cabo en diciembre de 2005 se identificó en un TAC con contraste, una lesión ocupante de espacio en el segmento VI hepático que se confirma en la RNM realizada el día 16 de enero de 2006, informando que podía tratarse de un nódulo displásico o un carcinoma hepatocelular que no se pudo biopsiar dada su localización y consistencia.

Evaluado el caso en el Comité de Hepatocarcinoma el 27 de febrero de 2006, se decide realizar tratamiento de ablación por radiofrecuencia percutánea con control ecográfico, que se lleva a cabo el 27 de abril de 2006, transcurriendo la intervención sin complicaciones.

En el TAC de control realizado en junio de 2006 se evidencia que el tratamiento de ablación no ha sido eficaz al persistir LOE de 2 cm. en segmento VI y al menos 4 nódulos en ambos lóbulos, el mayor de ellos de 14 mm. A nivel torácico se aprecian varias imágenes nodulares.

Se presenta el caso en el Comité de Hepatocarcinoma el 26 de junio de 2006, que deja su decisión pendiente de la del Comité de trasplante Hepático. Éste, en agosto de 2006 lo desestima como candidato a trasplante por presentar comorbilidad asociada (EPOC con patrón obstructivo y restrictivo y obesidad), así como por la extensión del carcinoma hepático, que se encontraba en estadio avanzado.

En septiembre de 2006 se realiza un nuevo TAC en el que se aprecia LOE de 3 cm que se corresponde con el hepatoma tratado con radiofrecuencia; otra de 12 mm en segmento IV y de 3 cm en el segmento VII, igualmente sugestiva de hepatocarcinoma; dos nódulos inespecíficos en el segmento III y IV y nódulos pulmonares inespecíficos, por lo que se somete de nuevo al Comité de Hepatocarcinoma, que se reúne el 4 de diciembre de 2006, decidiendo realizar quimioembolización transarterial, por ser la única opción terapéutica.

Para este tratamiento ingresó el 30 de enero de 2007, pero no llegó a realizarse por presentarse contraindicaciones vasculares observadas mediante la arteriografía previa, siendo dado de alta el 2 de febrero de 2007.

En revisión de 19 de febrero, ya se observaba afectación tumoral secundaria en tórax y nódulo pulmonar que se confirmó en un nuevo ingreso el 7 de marzo de 2007.

El 22 de marzo sufrió un episodio agudo de hematemesis “*en chorro*” por varices esofágicas, practicándose esclerosis e intentando evitar nuevas hemorragias, apareciendo después complicaciones respiratorias y descompensación hepática progresiva, entrando en fase de encefalopatía hepática y falleciendo el 29 de marzo de 2007 por shock hipovolémico.

TERCERO.- Ante la reclamación, se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la reclamante.

Forman parte de la historia clínica, entre otros documentos, el informe del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Gregorio Marañón, cuya fecha no consta, en el que, tras relatar los hechos, pone de manifiesto que “*Consideraciones particulares:*

a) Proceso de inclusión y exclusión de lista de trasplante: Tras la primera valoración del paciente después de la remisión del mismo por parte del Hospital de Puerto Llano, se decidió la inclusión del paciente en lista de trasplante hepático. Sin embargo, a lo largo del seguimiento realizado se constató la mejoría del paciente como atestigua la puntuación MELD recogida en la historia clínica. Esta puntuación estima la gravedad de la enfermedad hepática mediante la utilización de tres parámetros (bilirrubina, creatinina e INR) Y permite establecer tanto la indicación como la exclusión y priorización de los pacientes para trasplante hepático. En este sentido cabe destacar que el beneficio del trasplante hepático con respecto al tratamiento conservador empieza a partir de valores de puntuación MELD entre 12 y 15. En el momento de la exclusión de la lista, el paciente presentaba reiteradamente valores inferiores a 12 puntos así como comorbilidad respiratoria importante. Por otra parte las sucesivas exploraciones ecográficas realizadas tanto en Puerto Llano como en nuestro centro no demostraron ni la presencia de lesiones focales ni elevación de alfafeto proteína, indicando la ausencia de lesión maligna detectable. Es asimismo destacable que la exclusión de pacientes en lista no es un hecho excepcional dado que durante el periodo 2001-2007, 28 pacientes fueron excluidos de lista de trasplante de nuestro centro por mejoría de la enfermedad sin presentar (excepto en el caso que nos ocupa) una evolución negativa de la enfermedad.

b) Plan de seguimiento del paciente tras la exclusión de lista de trasplante: Tras la decisión antes comentada, se estableció un estrecho programa de seguimiento del paciente encaminado a la detección de complicaciones de la enfermedad hepática. Como ha quedado constatado en la exposición de los hechos, se realizaron exploraciones de imagen de acuerdo a los estándares de seguimiento de los pacientes con enfermedad hepática crónica.

c) *Diagnóstico y tratamiento de la enfermedad tumoral:* Durante el seguimiento del paciente y a pesar de la negatividad de la ecografía de octubre de 2005 se solicitaron exploraciones adicionales que indicaron la presencia de una lesión de menos de 2 cm. de diámetro con comportamiento vascular atípico y por tanto sin criterios de certeza de tumoración maligna. Este tipo de lesiones representa un importante reto diagnóstico todavía no absolutamente aclarado en la literatura médica. Sin embargo, y a pesar de la incertidumbre diagnóstica, el equipo asistencial decidió la realización de un procedimiento terapéutico (ablación por radiofrecuencia) cuya indicación se ajusta estrictamente al estándar internacional de acuerdo a los criterios más ampliamente utilizados del BCLC. La técnica se realizó con el procedimiento habitual con amplio margen de seguridad para el tamaño de la lesión. La supervivencia esperada con este procedimiento supera el 50 % a los 5 años. Por tanto, no cabe considerar el término "insuficientemente tratada" que figura en el informe de la TAC de control posterior y al que la familia del paciente alude en su escrito, como signo de falta o inadecuación de tratamiento, sino de falta de respuesta tumoral al mismo. En este sentido estudios recientes (Valera et al.) indican la importancia en la evolución posterior de la respuesta tumoral inicial tras tratamiento. Llamativamente, en esa misma exploración realizada a las pocas semanas del tratamiento inicial se constata la sospecha de crecimiento multicéntrico del tumor, dato que se confirma en la siguiente exploración realizada. En definitiva, el seguimiento y tratamiento del paciente se ajustan adecuadamente a la ortodoxia médica más estricta y en ningún caso cabe considerar la existencia de "una total dejadez". Por otra parte, es evidente que la escasez de órganos para trasplante condiciona que no sea posible aconsejar (ni por supuesto realizar) trasplante hepático a todos los pacientes portadores de enfermedad hepática que hipotéticamente pueden presentar en algún momento descompensación grave de la enfermedad o desarrollo de tumores malignos.

d) Segunda evaluación para trasplante hepático: En el momento de la segunda presentación del paciente como candidato a trasplante, la decisión negativa se basó en el carácter multicéntrico de la lesión (por encima de los criterios de Milán, ampliamente utilizados en la indicación de trasplante hepático en pacientes con hepatocarcinoma) y en la presencia de comorbilidad respiratoria importante. Ambas circunstancias indicaban con razonable claridad que el trasplante hepático no hubiera mejorado la probabilidad de supervivencia del paciente.

e) Acontecimientos finales: La evolución final del paciente con desarrollo acelerado de descompensación hidrópica, hemorragia varicosa refractaria y encefalopatía se debe considerar vinculada a la rápida progresión de la enfermedad tumoral con invasión maligna de los vasos hepáticos, incluyendo además la presencia de metástasis costales. Esta agresividad biológica hace inútil cualquier medida terapéutica”.

Se ha incorporado al expediente el Informe de la Inspección Sanitaria, de fecha 11 de diciembre de 2007, cuyas conclusiones manifiestan que el paciente “*fue adecuadamente derivado desde su Comunidad de origen hacia el Hospital Gregorio Marañón de Madrid, con vistas a su posible inclusión en lista de espera de trasplante hepático. El paciente presentaba una cirrosis hepática de origen alcohólico - en abstinencia completa desde el suficiente tiempo y una situación funcional hepática que llegaba a un grado B-C de Child; lo cual es criterio de inclusión en lista activa de trasplante. Efectivamente, fue incluido en la misma por parte del Hospital Gregorio Marañón, en fecha 29 de julio de 2004.*

- Tras las oportunas revisiones se constató mejoría de los parámetros de funcionalidad hepática (lo cual, cuando ocurre, es en pacientes con cirrosis alcohólica con persistencia de abstinencia absoluta). El paciente fue excluido de la lista activa de trasplante hepático por mejoría que quedó reflejada en los registros de la Historia reseñados en su momento, en marzo de 2005.

El Jefe del Servicio avala que la puntuación en la escala MELD del paciente se encontró durante un tiempo mantenido por debajo del nivel 12. Fue revisado al mes y a los dos meses tras la decisión.

Lógicamente no se demostró LOE alguna en el TAC de estas revisiones (Punto 5.5).

Como se ha referenciado en las consideraciones médicas (punto 6.3 y siguientes) el criterio, lógico, para incluir o excluir es la mayor supervivencia esperada según la toma de una u otra decisión. (Cuestión debidamente medida, validada y protocolizada, según se ha informado en los puntos previos).

- En la revisión correspondiente a octubre de 2005 aparecieron señales (aunque no datos concluyentes: aumento de alfafetoproteína, pero Ecografía sin lesión ocupante de espacio) que motivó el estudio encauzado a descartar la presencia de hepatocarcinoma. Por ello, en esa revisión el especialista solicitó un escáner de forma preferente. En diciembre de ese año, no obstante, los parámetros de la función hepática se mostraban muy aceptables, a pesar del ascenso del nivel de alfafetoproteína. Se practicó escáner el 5 de diciembre (lo cual se considera en tiempo adecuado). En él aparece un nódulo de 1,8 mm y aconsejan practicar otra prueba dinámica de imagen.

Así se hizo, mediante la realización de una Resonancia Magnética que se llevó a cabo en mismo mes. El conjunto de esta asistencia se considera plenamente adecuada, conforme a los criterios nacionales e internacionales establecidos y ya referenciados.

- Los datos de la resonancia plantearon aún dudas sobre la naturaleza de la lesión. Asimismo, al no visualizarse en principio mediante ecografía, no fue viable la toma de biopsia. Se planteó un seguimiento estrecho. Así se hizo. El paciente fue valorado en enero y febrero de 2006. En esas fechas

se estaba ante un paciente con grado A-B de Child y un nódulo relativamente pequeño; decidiéndose por el Comité de expertos pertinente, el tratamiento percutáneo del nódulo. Ello se ajusta a los criterios conocidos, ya expuestos.

- En fechas inmediato siguientes se preparó al paciente para tratamiento percutáneo de la lesión (nódulo entre 1-2 cm, carcinoma hepatocelular). Mostraba parámetros de la función hepática normalizados. En abril de 2006 se le aplicó tratamiento de Radiofrecuencia, según técnica prevista. Su indicación y procedimiento técnico fueron correctos, según los criterios de los Comités establecidos en el Hospital Gregorio Marañón.

Entretanto, se planteó en el Comité de Trasplante Hepático su posible inclusión, que en esas fechas resultó con decisión denegatoria por estabilidad de la enfermedad hepática y aterosclerosis de la aorta abdominal.

- Fue practicada la técnica de ablación (extirpación "interna", en este caso), mediante técnica de Radiofrecuencia, con control ecográfico satisfactorio.

Valorado el paciente en las semanas subsiguientes, aparece mediante TAC una lesión de 2cm correspondiente a restos tumorales y otros nódulos en ambos lóbulos hepáticos (Llegaban a 4 -5 lesiones), que aún planteaban dudas diagnósticas y se aconsejaba control evolutivo. El caso del paciente seguía planteándose en el Comité de Trasplante Hepático. Para ello se solicitaron nuevas interconsultas a otros Servicios.

- En la siguiente revisión, con nuevo TAC dinámico, encaminado a valoración pretrasplante, se constató una falta de respuesta tumoral al tratamiento aplicado y la aparición de una lesión de 3 cms, correspondiente al hepatocarcinoma tratado y zonas circundantes de recidiva tumoral y cuatro lesiones añadidas, dos más específicas de hepatocarcinoma y otras dos algo más dudosas. El paciente fue nuevamente valorado en los

correspondientes Comités de Trasplante Hepático y de Carcinoma HepatoCelular. Razonablemente fue excluido del trasplante por una muy probable extensión tumoral más allá de los criterios establecidos para obtener mejor supervivencia del paciente. Con respecto al carcinoma, el Comité al efecto estableció la Quimioembolización Transarterial como tratamiento más adecuado al paciente en ese momento, como control temporal del proceso tumoral. Esta indicación se valora como correcta.

- *El paciente fue debidamente preparado para la práctica quirúrgica de la quimioembolización transarterial. Dentro del acto operatorio, al realizarse la preceptiva arteriografía se objetivó obstrucción portal y signos de fistula arterio-portal intrahepática. Estos hallazgos suponen clara contraindicación para la realización de la terapia prevista (TACE)*

- *Asimismo se apreció la presencia de una lesión ósea en la segunda costilla izquierda, de muy presumible naturaleza metastásica y que, a pesar del intento quirúrgico de ser biopsiada, ello fue técnicamente inviable. Planteándose alternativas quirúrgicas de acceso a esta lesión, el estado hepático y general de J.E.T. fue sufriendo, en corto período de tiempo, una evolución francamente desfavorable, tal como se ha descrito detalladamente en "hechos". Las graves complicaciones surgidas (importante hematemesis, ascitis, encefalopatía y la última hemorragia sufrida) fueron detectadas y atendidas de modo plenamente correcto. La evolución final de sus procesos llevaron al fallecimiento del paciente".*

Mediante escrito notificado el 16 de octubre de 2011, se concede trámite de audiencia a la reclamante, presentando el 28 de octubre de 2009, escrito de alegaciones en el que reitera lo expuesto en su escrito de reclamación. Señala también que la puntuación MELD se utiliza para priorizar a los pacientes en la lista de espera, pero nunca para excluirlos.

El 26 de diciembre de 2012, la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, dicta propuesta de resolución desestimatoria.

CUARTO.- En este estado del procedimiento y mediante orden del Consejero de Sanidad, de 17 de enero de 2012, que ha tenido entrada el 1 de febrero siguiente, se formula consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 22 de febrero de 2012.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación en soporte cd, que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

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 (LCC) por ser la cuantía de la reclamación 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.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesados, y su

tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados en 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 (RPRP).

Ostentan los reclamantes legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por ser las personas que sufren el daño moral derivado del fallecimiento de su familiar.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño, al estar el Hospital Universitario Gregorio Marañón integrado en la red pública sanitaria 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 que *“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 de un año lo constituye el fallecimiento del familiar de los reclamantes, que tuvo lugar el 29 de marzo de 2007. Inicialmente los reclamantes presentaron la reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, por haber sido remitido desde este Servicio al Hospital Gregorio Marañón, el 14 de marzo de 2008, esto es, dentro del plazo de un año legalmente previsto. Ante la devolución de la reclamación por parte del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha por

entender que la asistencia sanitaria discutida es la dispensada en la Comunidad de Madrid y su remisión a esta última Comunidad, los reclamantes presentaron la reclamación ante la Comunidad de Madrid en fecha que se desconoce por resultar ilegible el sello de Correos.

TERCERA.- En cuanto al procedimiento, se han cumplido los trámites establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC, y 11 del RPRP.

Especialmente, se ha practicado la prueba precisa, incorporando la historia clínica del enfermo, se ha recabado informe de los servicios cuyo funcionamiento supuestamente han ocasionado el daño e informe de la Inspección Sanitaria.

Del expediente instruido, en cumplimiento del trámite de audiencia, se dio traslado a los interesados, presentando escrito de alegaciones en el que se reiteraban en las efectuadas en su escrito de reclamación.

CUARTA.- 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 el 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:

"1.- 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.

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

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: 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 el 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) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración 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 circumscribe al estrictamente moral.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de este servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, exigiéndose para determinar la responsabilidad la existencia no sólo de 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.

Alegan los reclamantes que su familiar fue excluido de la lista de espera de trasplante hepático a pesar de padecer cirrosis hepática de origen etílico, grado B de Child, con hipertensión portal, por lo que no se impidió que desarrollara un hepatocarcinoma que evolucionó hasta su fallecimiento.

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

viene 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), si bien la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante (así las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre –recurso 3071/03– y 2 de noviembre de 2007 –recurso 9309/03– y 7 de julio de 2008 –recurso 3800/04–).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa 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.

En efecto, del informe de la Inspección sanitaria se deriva la corrección de la actuación médica, a pesar del desgraciado desenlace. Explica la Inspección que para la inclusión en lista de espera de trasplante se emplea la escala de Child, con tres grados: grado A, si la puntuación es de 5-6, y no precisa tratamiento con trasplante hepático; grado B, cuando la puntuación es de 7-9, en el que los pacientes pueden tener indicación de trasplante si han padecido descompensación por ascitis o encefalopatía, y grado C, con 10-15 puntos, con mala función hepática e indicación de trasplante.

En el caso que nos ocupa, el paciente fue derivado desde el Hospital de Puerto Llano al Gregorio Marañón, con el diagnóstico de cirrosis hepática grado B de child con 9 puntos y antecedentes de descompensación ascítica, motivo por el que, tras ser estudiado y hacérsele las pruebas oportunas en este último Hospital se decidió su inclusión en lista de espera en julio de

2004, lo que de acuerdo con lo que se acaba de señalar, se ajusta a los protocolos.

Es cierto que con posterioridad, en marzo de 2005, se le excluye de la lista de espera de trasplante, decisión que vino motivada por la mejora de la función hepática como consecuencia de la abstinencia alcohólica mantenida.

Con posterioridad a esa decisión fue estrechamente seguido con revisiones periódicas, en una de las cuales –la de octubre de 2005- aparecieron signos sugerentes de carcinoma, por lo que se realizaron múltiples pruebas de imagen tendentes a confirmar la presencia de hepatocarcinoma, realizándose TAC y RM que siguieron generando dudas sobre la naturaleza de la lesión, la cual tampoco se pudo biopsiar al no visualizarse en la ecografía.

Fue valorado por el Comité de Trasplante Hepático y el Comité de Carcinoma Hepatocelular que decidieron el tratamiento percutáneo del nódulo al ser relativamente pequeño, decisión que, según informa la Inspección se ajusta a los criterios internacionalmente establecidos. En este sentido indica que las técnicas ablativas percutáneas suelen estar indicadas cuando existe tumor único menor de 3 cm, como era el caso cuando se propuso realizar este tratamiento.

En las semanas siguientes se comprobó, mediante TAC, la persistencia de una lesión de 2 cm correspondiente a restos tumorales y al menos cuatro nódulos en ambos lóbulos hepáticos, planteándose de nuevo el caso en el Comité de Trasplante Hepático, quien en agosto de 2006 decidió que el paciente no era candidato a trasplante por comorbilidad respiratoria importante y el carácter multicéntrico de la lesión, actitud terapéutica que la Inspección considera correcta en aplicación de los criterios de Milán de común aplicación. De acuerdo con estos criterios, está indicado el trasplante en casos de carcinoma hepatocelular cuando existe un nódulo único menor o igual a 5 cm o, siendo varios, no sean más de tres y no superen los 3 cm. de diámetro, criterios que se excedían en el presente caso.

Todo lo anterior evidencia que las decisiones de inclusión y exclusión de la lista de espera de trasplante hepático estuvieron en todo momento fundadas en los criterios establecidos en los protocolos internacionales al uso, por lo que no puede reprocharse la existencia de mala praxis médica.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración 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 de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 22 de febrero de 2012