

Dictamen nº: **189/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.06.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 30 de junio de 2010, 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 M.V.C.R. y M.C.C.R., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por el fallecimiento de su madre M.V.R.E., que atribuyen a la deficiente asistencia sanitaria dispensada por parte del Hospital Universitario de Getafe.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el Servicio Madrileño de Salud el 29 de enero de 2008, reclaman responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños y perjuicios ocasionados, por el fallecimiento de su madre tras la intervención quirúrgica de cáncer de colon. Proponen en su escrito de reclamación la práctica de prueba consistente en la incorporación de la historia clínica de la finada e informe pericial acreditativo de la relación de causalidad, que no llegan a aportar.

Solicitan en concepto de indemnización la cantidad de sesenta y seis mil ciento cuarenta y ocho euros y cuarenta y siete céntimos (66.148,47 €),

según los criterios contenidos en la resolución de fecha 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

SEGUNDO.- La historia clínica y la restante documentación médica obrante en el expediente, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

La fallecida, de 78 años edad en el momento de los hechos y antecedentes de hipertensión arterial en tratamiento farmacológico; cardiopatía isquémica silente con lesión de la arteria descendente anterior proximal (tratada mediante ACTP con stent en 2001) y de la primera obtusa marginal (ACTP); portadora de marcapasos desde julio de 2002 por disfunción del nodo sinusal sintomática (Sd. Bradicardia-taquicardia); gastrectomizada por adenocarcinoma gástrico aproximadamente en 1987; es diagnosticada en noviembre de 2006 de adenocarcinoma infiltrante de colon descendente. En CT de abdomen se objetiva una lesión ocupante de espacio inespecífica de hígado. En tratamiento farmacológico con acenocumarol, inadapamida, sotalol, pantoprazol, sulfato ferroso y cianocobalamina.

La paciente, desde agosto de 2001, estaba diagnosticada de cardiopatía isquémica con enfermedad del seno, que obligó a la colocación de un marcapasos el 30 de julio de 2002.

El 22 de noviembre de 2006 es valorada en consulta de preanestesia, indicándose riesgo ASA III y pautando la suspensión de Sintrón 3 días antes de la intervención. Ese mismo día firma el consentimiento informado para la anestesia general. El 8 de enero de 2007 firma el consentimiento informado para la cirugía, en el que se aceptan los riesgos generales y específicos del procedimiento. En los riesgos personalizados se indicó hemorragia por el anticoagulante que estaba tomando y también de insuficiencia cardiaca por su cardiopatía, manifestación final de la enfermedad cardiaca, de la cual no se pudo reponer.

El 14 de enero de 2007 ingresa, de forma programada, a cargo del Servicio de Cirugía del Hospital de Getafe, para resección segmentaria de colon izquierdo y transverso por adenocarcinoma infiltrante (el estadío se conoce después de la intervención), con afectación ganglionar (4 de 28 ganglios, estadio C2) y colecistectomía. Se indica que el Informe de preanestesia es de alto riesgo, ASA III. El mismo día del ingreso se suspende su tratamiento con Sintrón (folio 122) y al día siguiente se pauta Clexane (folio 124).

Durante la cirugía la paciente se mantuvo estable hemodinámicamente. El resultado del estudio anatomo-patológico de la biopsia realizada manifiesta la presencia de adenocarcinoma metastático y colecistitis crónica.

Al término de la intervención pasa a UCI donde presenta tendencia inicial a la hipotensión que obliga a suspender el tratamiento con Sotalol, mejorando tras la retirada de la analgesia epidural. Presenta un episodio de taquiarritmia auricular, en probable relación con la suspensión de medicación, con fallo en el cambio de modo del marcapasos. Revisado el marcapasos por el Servicio de Cardiología, se decide aumentar la sensibilidad de la aurícula a 0,4 mV.

Estable y sin incidencias pasa a planta de Cirugía General. A las pocas horas comienza con malestar general, disnea, pérdida de conocimiento, tensión arterial 47/22 mmHg, frecuencia cardiaca 180/pm, el pulsioxímetro no recoge saturación de O2, está fría y sudorosa y presenta un Glasgow 3. Se realiza intubación orotraqueal. Simultáneamente presenta actividad eléctrica sin pulso por lo que se inician maniobras de reanimación, y responde volviendo a entrar en ritmo sinusal, siendo trasladada de nuevo a UCI.

El día 20 se le realiza un CT de tórax presentando un derrame pleural bilateral y sospecha de TEP. Precisó ventilación mecánica por insuficiencia respiratoria aguda secundaria a edema agudo de pulmón que evolucionó favorablemente.

El Servicio de Cardiología controló en todo momento la programación del marcapasos. Neurológicamente presentaba monoparesia de miembro superior derecho, con un TAC craneal inespecífico, y coma. De UCI pasa a Cardiología para control, estando controlada por los Servicios de rehabilitación, nutrición, neurología y cirugía general.

El día 30 la paciente presenta respiración agónica sin cambios en ritmo cardíaco y fallece en asistolia.

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Mediante escrito de 3 de abril de 2008, recibido el 20 de mayo siguiente, se requiere a las interesadas para que acrediten el parentesco con la fallecida, aportando Libro de Familia donde figuren todos los nombres (folio 4), que es cumplimentado por escrito de 28 de mayo siguiente.

En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la madre de las reclamantes, así como los Informes de los Servicios de Cirugía General y Digestivo, y de Cardiología, supuestamente causantes del daño (folios 29 y 58-59, respectivamente), así como el Informe de la Inspección Sanitaria, que concluye que *“la asistencia sanitaria prestada a [la fallecida] ha sido acorde con los protocolos utilizados en la práctica de la Medicina en la actualidad, antes de la intervención quirúrgica, en el quirófano y en el curso postoperatorio”* (folios 141 a 150).

Por otro lado el informe de la asesoría médica de la correduría de seguros presenta las siguientes conclusiones (folios 154 a 158):

1.- *Tras estudio de la historia clínica, evolución y pruebas complementarias, a nuestro criterio, se tomaron todas las medidas para la correcta evolución de la paciente, pero desafortunadamente los resultados no fueron los esperados.*

2.- *El alto riesgo de la paciente para la cirugía mayor era bien conocido y está claramente reflejado en la historia clínica. Si se asumió fue seguramente por la indicación absoluta de cirugía ante la patología maligna de la paciente. Las complicaciones ocurridas en el postoperatorio, con taquicardias e inestabilidad hemodinámica secundaria a las mismas, están dentro de las previsibles por la patología previa de la paciente.*

3.- *En cada situación de inestabilidad o complicación la paciente fue sometida a las exploraciones necesarias, aunque su complejidad requirió traslado al departamento de Radiología e Imagen y se hicieron todos los esfuerzos posibles para establecer diagnósticos ciertos y se aplicaron los tratamientos necesarios.*

4.- *La comunicación con la familia fue fluida y se informó puntualmente de la situación clínica de la paciente y de los posibles problemas esperables en la evolución, según informan los profesionales asistenciales.*

Por todo lo anteriormente expuesto, entendemos que se actuó conforme protocolos, no encontrando indicios de mala praxis ni conducta negligente por parte del personal asistencial del Hospital de Getafe.

Por escrito registrado el 2 de octubre de 2009 se requiere a las reclamantes para evacuar el trámite de audiencia, sin que conste en el expediente que se hayan formulado alegaciones.

El 22 de enero de 2010 se formula por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución desestimatoria, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad.

CUARTO.- En este estado del procedimiento y mediante Orden del Consejero de Sanidad, de 11 de mayo de 2010, que ha tenido entrada el 27 del mismo mes, 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 30 de junio de 2010.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente y de la que se ha dejado constancia en los anteriores antecedentes de hecho.

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 superior a quince mil euros la cuantía de la indemnización, 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 interesadas, 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 Procedimiento Administrativo Común (en adelante 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.

Las reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que son las personas que sufren el daño moral causado por el fallecimiento de su madre.

Asimismo goza de legitimación pasiva el Servicio Madrileño de Salud, en la medida en que está integrado en él el Hospital Universitario de Getafe, supuestamente causante del daño (Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud).

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. Tratándose de daños físicos o psicológicos el plazo comienza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 LRJ-PAC). Habiéndose producido el éxitus de la madre de las reclamantes el 30 de enero de 2007, se encuentra en plazo la reclamación presentada el 29 de enero del año siguiente.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha procedido a la práctica de la prueba precisa, se ha recabado informe de los Servicios intervenientes y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 LRJ-PAC.

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 artículo 40 de la Ley de 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 acreditada, mediante informes médicos, la existencia de un hecho -la muerte de una persona- 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 las reclamantes respecto de la finada, el daño se circscribe al estrictamente moral.

Sentada la realidad del daño es preciso analizar si el fallecimiento de la madre de las reclamantes está vinculado causalmente con la asistencia sanitaria prestada. Para ello es necesario valorar si tal asistencia se ajustó a los parámetros de la “*lex artis*”, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia que se reitera en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008, “*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*”, o lo que es lo mismo, *la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.*”

Por otra parte, 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).

En el presente caso la adecuación de la asistencia sanitaria a las buenas prácticas médicas que de los informes obrantes en el expediente se infiere

no ha sido contradicho por las reclamantes con medios probatorios, que no aportan ninguna prueba de la vulneración de la “*lex artis*” de la que pudiera derivarse resultados indemnizatorios para la Administración, más allá de sus alegaciones que no hacen prueba de lo cuestionado.

Consideran las reclamantes que no fue tenido en cuenta el alto riesgo que presentaba para la cirugía. Sin embargo, el análisis de la historia clínica pone de manifiesto que en el examen de preanestesia llevado a cabo el 22 de noviembre de 2006 se advirtió de alto riesgo cifrado en ASA III, lo que aparece documentado en los folios 37 y 38 del expediente. Tal riesgo se asumió por indicación absoluta de la cirugía.

En este sentido, el informe de la Inspección sanitaria afirma que “*la indicación de la intervención era absoluta, no solamente por la posibilidad de añadir tiempo de vida a la paciente, sino lo más importante, porque la calidad de vida es mejor*”.

Asimismo señala la Inspección médica que la alternativa a la cirugía es la colocación de una endoprótesis, que conlleva riesgos y no detiene el progreso de la enfermedad, estando sólo indicada cuando la enfermedad tumoral está ampliamente extendida o ante una urgencia por obstrucción intestinal. Antes de la intervención no se sabía con certeza si la paciente tenía o no metástasis hepática, ni el estadio del tumor. Se le hicieron todas las pruebas diagnósticas protocolizadas para el cáncer de colon como colonoscopia, enema opaco, TAC torácico-abdominal y ecografía abdominal en la que no se pudo visualizar claramente imagen sugerente de metástasis. La no realización de resonancia magnética se debió a su contraindicación en pacientes con marcapasos.

Por otra parte, entienden las reclamantes que el tratamiento dispensado después de la intervención quirúrgica ha influido directamente en la agravación del cuadro de la paciente hasta llegar al fallecimiento. Ahora

bien, esta afirmación es contestada por la Inspección sanitaria que sostiene el adecuado manejo de anticoagulantes antes y después de la intervención quirúrgica, imprescindibles por ser portadora de marcapasos, y advierte de la especial dificultad del control posoperatorio por portar marcapasos. La suspensión de sotalol, según se desprende del meritado informe se debió a la tendencia a la hipotensión y para reducir el riesgo de taquiarritmias se ajustó el marcapasos para aumentar la sensibilidad de la aurícula.

Lo anterior lleva a la Inspección sanitaria a concluir que la asistencia prestada fue adecuada a la *lex artis* tanto antes, como durante y después de la intervención quirúrgica.

SEXTA.- Por último, la responsabilidad patrimonial requiere que el daño sea antijurídico, pasando a ser lesión en sentido jurídico, esto es que el perjudicado directamente tenga 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. Por ello, el consentimiento informado, 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 este caso y frente a la alegación en contrario de las reclamantes, la paciente prestó por escrito su consentimiento informado a la realización de la intervención quirúrgica para la resección segmentaria abierta de colon, obrante al folio 40 del expediente, en el que se indica como riesgos personalizados de la paciente hemorragia e insuficiencia cardiaca, riesgo

que desgraciadamente se materializó y, pese al tratamiento instaurado, abocó a su fallecimiento. Como se señala en el Informe del Jefe de Servicio de Cardiología, las complicaciones ocurridas en el posoperatorio, con taquicardias e inestabilidad hemodinámica secundaria a las mismas estaban dentro de las previsibles por la patología previa de la paciente.

En definitiva, en mérito a lo indicado cabe concluir que no existe nexo causal entre el daño padecido y la asistencia sanitaria recibida, ni antijuridicidad del daño, por lo que no cabe exigir responsabilidad patrimonial a la Administración.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

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, a 30 de junio de 2010