

Dictamen nº: **355/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.10.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 27 de octubre de 2010, al amparo del artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de A.C.G., A.C.C., L.C.C.C. y R.C.C. en solicitud de indemnización de 625.052,59 euros, por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, C.C.M., y que atribuyen a la falta de atención y medios para tratarle su patología cardiológica en el Hospital Doce de Octubre de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 28 de septiembre tuvo entrada en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud firmada por el Consejero de Sanidad el día 20 anterior, referida al expediente de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria referido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número de registro de entrada 352/10, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del

Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno, venciendo dicho plazo el 4 de noviembre de 2010.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, que fue deliberado y aprobado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 27 de octubre de 2010.

SEGUNDO.- El expediente remitido trae causa de la reclamación patrimonial presentada el 31 de agosto de 2009 en el registro general de la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, por el letrado E.R.G., en representación de los aludidos A.C.G., A.C.C., L.C.C.C. y R.C.C., esposa e hijos, respectivamente, de C.C.M. y herederos del mismo.

En el escrito de reclamación, se pide indemnización en cuantía de 625.052,59 €, en razón del fallecimiento de C.C.M. ocurrido el 1 de septiembre de 2008 en Valdepeñas (Ciudad Real). A tenor de dicho escrito, *“el finado no fue atendido con la precocidad y los medios que exigía su severísima patología cardiológica, lo que supuso su fallecimiento (...), a consecuencia de una patología que razonablemente y si esa patología hubiera sido atendida en condiciones, el finado muy probablemente no habría fallecido (sic). Así las cosas, emerge o sirve de base la teoría de la pérdida de oportunidad”*. Más adelante, se dice que *“el beneficiario (sic) tuvo la última consulta el 26/8/2008 en Consultas Externas del Hospital Doce de Octubre de Madrid, y fue retornado indebidamente a Valdepeñas, cuando razonablemente se debería haber quedado ingresado en congruencia con la grave patología de base y clínica que presentaba”*.

A dicho escrito de reclamación, se acompaña entre otra, la siguiente documentación:

- Sentencia número 88/2007 de 10 de abril de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real, por la que se declaraba a C.C.M. en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, condenándose a la mutua A a abonar la prestación vitalicia del 100% de su base reguladora de la incapacidad permanente total reconocida.
- Informes periciales emitidos por el Dr. M.A.F.C., Médico especialista en cardiología, el 3 de junio de 2006 y el 12 de enero de 2007 (dirigido al Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real), acreditativos de la grave patología cardiaca que presentaba el difunto.
- Escritura de poder de representación procesal otorgada ante el Notario de Valdepeñas J.A.F. el 22 de diciembre de 2008, por A.C.G. y sus tres hijos A.C.C., L.C.C.C. y R.C.C., esta última menor de edad, a favor de E.R.G., facultando a éste, entre otras cuestiones, para intervenir en nombre de los anteriores *“ante toda clase de órganos y funcionarios de las distintas Administraciones”*.
- Acta de notoriedad de declaración de herederos ab intestato otorgada el 16 de diciembre de 2008 también en Valdepeñas ante el mismo Notario, por la cual se declara formalmente herederos de C.C.M. por partes iguales, a sus únicos hijos, llamados A.C.C., L.C.C.C. y R.C.C., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que corresponde al cónyuge viudo A.C.G.

Más tarde, con fecha 1 de septiembre de 2009, A.C.G. y su hija A.C.C. presentan nuevo escrito ante la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, aclarando determinados extremos del primero, presentado por su abogado. En este segundo escrito, aparte de ratificarse en el contenido del primero, corrigen el error material cometido en éste, dado que la fecha de la

última consulta en el Hospital Doce de Octubre fue el 27 de agosto de 2008, y no el 26. Añaden, además, que “*el paciente se encontraba en lista de trasplante (sic), tal como refiere el informe de mayo de 2008. El informe de 30/5/2008 también refiere que estaba en trasplante quirúrgico. El paciente fue remitido desde La Paz en abril de 2008 y el estudio de trasplante fue hasta el 9/5/2008. Las comparecientes son la viuda y la hija mayor del finado. Las comparecientes insisten respetuosamente en que C.C.M. era un paciente de altísimo riesgo que fue remitido indebidamente a su domicilio el 27/5/2008, tras la revisión que se le hizo en ese día –Consultas Externas de Cardiología. Las comparecientes entienden que razonablemente el paciente debería haber sido ingresado al 27/8/2008 y no remitido a Valdepeñas –su domicilio. El beneficiario debería haber sido hospitalizado desde que se le pautó el trasplante en mayo de 2008 y no debería haber salido del hospital hasta la realización del trasplante que no se le llegó a hacer y eso que pasaron casi cuatro meses desde que se le pautó el trasplante*”. En dicho escrito, hacen mención también al contenido del escrito firmado por el Coordinador de Trasplantes el 9/5/2008, según el cual: “*El paciente C.C.M. se encuentra incluido en la lista de espera de trasplante cardiaco, en el Hospital 12 de octubre de Madrid. Por tanto, rogamos que en el momento de ser llamado para trasplante, y dada la situación de urgencia que requiere el traslado en ese momento, le faciliten la posibilidad de realizar el viaje en ambulancia*”. Añaden a lo anterior, que “*las comparecientes aducen también la teoría de la pérdida de oportunidad, pues si el trasplante se hubiera hecho, evidentemente o muy probablemente, el beneficiario no hubiera fallecido. Ahora bien, el trasplante no se realizó y el beneficiario fallece el 1/9/2008 sobre las 22,00 horas*”.

TERCERO.- A la vista de la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se dirige escrito al abogado de los reclamantes el 23 de

septiembre de 2009, por el cual se le solicita, al amparo del artículo 70 en relación con el 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que aclare o subsane su solicitud expresando *“las razones en que se concrete, con toda claridad, ésta, y, en concreto, especifique la presunta relación de causalidad que existe entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido (fallecimiento), así como la asistencia sanitaria objeto de reproche o desatención del principio de la lex artis ad hoc, y en fin, aclare por qué el paciente, a su juicio, no fue atendido con precocidad y con los medios acordes a su patología, por qué hubo de permanecer hospitalizado a tiempo de remitírselle a su domicilio, y por qué hubo un retraso injustificado en la realización del trasplante”*. De no atenderse a lo solicitado en el plazo de diez días, se advierte, se tendrá a los reclamantes por desistidos de su solicitud, procediéndose al archivo de la misma.

Cumplimentando la anterior petición, el abogado de los reclamantes presenta nuevo escrito en fecha 13 de octubre de 2009, en el registro único de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. En dicho escrito, refiere en síntesis que el paciente llevaba cuatro meses esperando un trasplante que no llegó a realizarse, siendo así que su situación cardiológica era grave y terminal, como lo demuestra el hecho de que falleció cuatro días después de ser atendido en consultas externas del Hospital Doce de Octubre, y pese a dicha situación, siempre según la versión dada por los reclamantes a través de su abogado, *“fue remitido indebidamente a su domicilio en lugar de ser ingresado en el Hospital para su control y hasta la realización del trasplante”*. Más adelante, razona acerca de la relación de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento de los servicios públicos, insistiendo en este apartado, en que hubo insuficiencia de medios, pues *“el finado debió ser ingresado en el*

centro hospitalario para su control y atención hasta la realización efectiva del trasplante, pues dado el tiempo transcurrido desde que se le incluyó en lista de espera para trasplante existía un alto riesgo de fallecimiento por empeoramiento y agravación de su patología, como así se objetivó con su fallecimiento cuatro días después de ser visto en consultas externas". En lo demás, se reitera en las manifestaciones realizadas en los escritos anteriores.

CUARTO.- Por el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) se comunica a los reclamantes, a través de su abogado, la incoación de expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración mediante escrito de 27 de octubre de 2009, señalando expresamente que si no reciben respuesta expresa en el plazo de seis meses a contar desde que el escrito tuvo entrada en el registro del órgano (el 11 de septiembre de 2009), deben entender desestimada su solicitud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.3 del 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).

Se incorpora asimismo la primera comunicación remitida por B, departamento de siniestros, en fecha 25 de septiembre de 2009, acusando recibo de la documentación remitida desde el SERMAS, informando de que han procedido a la apertura del siniestro referenciado, habiéndose dado traslado a C -compañía aseguradora con la que el SERMAS tiene concertada la póliza del seguro de responsabilidad civil-, para su tramitación. No consta haberse emitido dictamen pericial alguno de dicha aseguradora.

En el curso del procedimiento, se ha remitido la Historia Clínica del paciente desde el Hospital Universitario Doce de Octubre, así como se ha solicitado –y evacuado- informe de la Unidad de Insuficiencia Cardiaca e

Hipertensión Pulmonar (Servicio de Cardiología) del referido Hospital. Dicho informe ha corrido a cargo del Dr. M.A.G.S., y está fechado el 17 de diciembre de 2009.

Asimismo, se ha solicitado informe de la Inspección Médica relativo a la reclamación interpuesta, que fue emitido el 16 de febrero de 2009.

Una vez concluida la instrucción del expediente, e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución, se ha dado vista del expediente a los interesados, de conformidad con el artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP, sin que conste que por los mismos se haya hecho uso del trámite de audiencia.

Por último, por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria del SERMAS se ha formulado propuesta de resolución el 10 de julio de 2010, en la que se desestima la reclamación patrimonial presentada, por considerar que en el caso examinado no hay evidencias de infracción de la *lex artis ad hoc* por parte del personal médico que atendió en la Comunidad de Madrid al enfermo C.C.M., lamentablemente fallecido. Dicha propuesta ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 16 de septiembre de 2010.

QUINTO.- De la documentación obrante en el expediente, interesa destacar para la emisión del dictamen las siguientes partes:

1. Historia Clínica del finado, remitida desde el Hospital Universitario Doce de Octubre de Madrid.
2. Informe del Dr. M.A.G.S., perteneciente a la Unidad de Insuficiencia Cardiaca e Hipertensión Pulmonar (Servicio de Cardiología) del referido Hospital, fechado el 17 de diciembre de 2009. Del mismo interesa entresacar los párrafos siguientes: *“El paciente recibió una asistencia correcta desde que se declaró su enfermedad en el año 1998. Se*

ha beneficiado de tratamientos muy específicos para su cardiopatía durante los últimos diez años, que incluyen: By pass aorto-coronario con cirugía de resección de aneurisma ventricular; implante de marcapasos resincronizador para recuperación de su función ventricular; portador de dispositivo desfibrilador automático implantable portátil para tratamiento de arritmias ventriculares severas; evaluación para trasplante cardiaco y permaneciendo en lista de espera hasta el exitus (la mortalidad en lista de espera está cercana al 10%)”.

3. Informe de la Inspección Médica de 16 de febrero de 2010, en el cual se afirma en conclusiones que: *“El seguimiento de este paciente durante todo el proceso por parte del Servicio de Cardiología del Hospital 12 de Octubre fue a mi juicio absolutamente correcto y guiado por la lex artis en toda ocasión. No había alternativa terapéutica al trasplante en este caso. En general, la mortalidad media en lista de espera de trasplante cardiaco se sitúa en el 10% de los casos por más celo y cuidado que se dispensen. La situación clínica del paciente era estable en todas las fechas en que fue controlado. Permanecer ingresado a la espera del trasplante no hubiera mejorado el pronóstico vital y hubiera aumentado los riesgos nosocomiales: no era una decisión razonable desde el punto de vista técnico-asistencial, ni desde ningún otro. El paciente, según el informe psiquiátrico sin fecha, pero realizado antes de la decisión de incluirlo en la lista de espera, es decir, durante el estudio previo en régimen de hospitalización, manifestaba su acuerdo y disposición para dicha cirugía de alto riesgo, no sin cierta ansiedad. El especialista lo consideró un candidato aceptable. Por otra parte, el cateterismo que se le realizó con motivo de dicho estudio pre-trasplante fue sometido a previo consentimiento informado específico el 5/5/2008. No se entiende, por lo tanto, en qué consiste la conculcación de dicho consentimiento que denuncian las reclamantes. Obviamente, la firma del consentimiento al*

propio trasplante se recaba cuando dicha posibilidad se materializa en forma de órgano donado, circunstancia que en este caso no pudo llegar a producirse. Incluso para la sedación terminal en Valdepeñas, se recabó el consentimiento informado de la esposa del fallecido". En definitiva, y a la vista de lo expuesto, el autor del informe de la Inspección Médica concluye que "(...) salvo superior criterio, no existen dudas razonables en cuanto a la idoneidad del proceso asistencial que se ha seguido hasta aquí".

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *"Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada"*.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado en 625.052,59 €, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el Consejero de Sanidad–, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al Director General del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

SEGUNDA.- La reclamación se interpone por medio de letrado, actuando en representación de la esposa A.C.G. y los tres hijos del fallecido, A.C.C., L.C.C.C. y R.C.C., en virtud del poder para pleitos que acompaña junto con su escrito de reclamación inicial. Pese a que en ocasión posterior (el 1 de septiembre de 2009), son sólo la viuda y la hija mayor las que se dirigen directamente a la Administración, ciertamente la reclamación debe entenderse interpuesta por la viuda del difunto y por sus tres hijos, pese a que, probablemente por error, la propuesta de resolución se refiere tan sólo a la primera y a los dos hijos mayores, sin mencionar a la tercera hija.

En el caso que nos ocupa, la legitimación que correspondería a los reclamantes para dirigirse frente a la Administración sanitaria vendría del hecho de haberse irrogado a aquéllos un daño moral, como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre, daño que es resarcible, compensable económicamente, y que constituye, como tiene señalado la jurisprudencia, un derecho patrimonial. Como tiene declarado abundantísima jurisprudencia, la indemnización a favor de los perjudicados en caso de fallecimiento de una persona se fija *iure proprio*, es decir, por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con el difunto vinculado con un lazo de parentesco, afectividad o convivencia, y que, precisamente por ese fallecimiento, sufre un daño susceptible de indemnización, daño que se

califica de daño moral (*vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 1089/2003, de 17 de octubre). Por lo demás, el daño moral es un daño personalísimo, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, o por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal (Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a- de 30 de diciembre de 2002).

En el caso examinado, es evidente que la viuda e hijos del fallecido ostentan interés legítimo para interponer la presente reclamación, habiendo hecho uso de la facultad de hacerlo por medio de representante con poder al efecto, posibilidad expresamente contemplada en el artículo 32 de la LRJAP-PAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, la reclamación ha sido correctamente dirigida frente a la Administración Sanitaria madrileña, dado que el daño irrogado a las reclamantes, ha sido causado supuestamente por personal integrado en el Servicio Madrileño de Salud (Hospital Doce de Octubre), sin perjuicio de lo que se dirá más adelante acerca de las competencias del Estado –ejercidas a través del Organismo Autónomo Organización Nacional de Trasplantes- en la materia objeto de reclamación.

Respecto del plazo para el ejercicio de la acción, es de un año, a contar desde que se produjo el hecho o el acto que motiva la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP-PAC). En este caso, habiendo fallecido el padre y esposo de la reclamante el 1 de septiembre de 2008, y siendo la fecha de interposición de la reclamación el 31 de agosto de 2009, ésta está presentada dentro del plazo prescriptivo anual.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. En concreto, se han recabado el informe

del servicio que supuestamente causó el daño (exigido por el artículo 10 del RPRP), así como el de la Inspección Médica. Se ha concedido trámite de audiencia a los interesados, exigido con carácter general en el artículo 84 de la LRJAP-PAC, sin que pueda argumentarse que se les haya irrogado indefensión.

Debe mencionarse también, aunque constituye una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, la constante inobservancia de los plazos que marca la legislación vigente en orden a la tramitación de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, que deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses desde su iniciación, salvo que se hubiese acordado periodo extraordinario de prueba, conforme al artículo 13.3 del RPRP.

En el caso examinado, el expediente de responsabilidad patrimonial es incoado por la Consejería de Sanidad el 11 de septiembre de 2009, y por tanto, en aplicación del citado artículo 13.3, debió concluirse antes del 11 de marzo de 2010. Sin embargo, no se ha recabado dictamen de este órgano consultivo hasta el 28 de septiembre de 2010. El transcurso del mencionado plazo determina que la reclamación patrimonial deba entenderse desestimada (cfr. artículo 43.1 de la LRJAP-PAC), sin que ello sea óbice para que subsista la obligación de resolver para la Administración *ex* artículo 42 de la misma Ley, no quedando aquélla vinculada por el sentido del silencio (artículo 43.4.b) de la LRJAP-PAC). Obviamente, también subsiste la obligación de dictaminar para este Consejo Consultivo.

CUARTA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998, se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos: “(...) *esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los*

artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en si mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente. La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se

transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada (*vid. por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007, 7 de marzo de 2007 y de 16 de marzo de 2005*) 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*”, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

Como antes hemos manifestado, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios

públicos sanitarios no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se ha de considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la Jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite razonable a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción de la *lex artis*, basado en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, sin que nazca entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad surge del carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando “*no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario*” (vid. SSTS de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de

noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo que hay que añadir que “*la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento*” (STS de 14 de octubre de 2002).

Y a mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que: “*prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas*”.

Conforme a las reglas generales aplicables en orden a la carga de la prueba, es al reclamante a quien corresponde, de ordinario, probar tanto la violación de la *lex artis* como la existencia de nexo causal.

QUINTA.- Del tenor de la reclamación patrimonial presentada, y de los sucesivos escritos ampliatorios y aclaratorios que el abogado de las reclamantes ha ido presentando a la Administración, se deduce que el reproche que las interesadas dirigen al Servicio Madrileño de Salud es que el difunto no fue hospitalizado cuando acudió por última vez a consultas externas del Hospital Doce de Octubre de Madrid el 27 de septiembre de 2008, enviándole a su domicilio en Valdepeñas (Ciudad Real), donde acabaría falleciendo cuatro días más tarde, a causa de la grave patología

cardiaca que le aquejaba, y que le había llevado a ser incluido en lista de espera para trasplante de corazón desde el mes de mayo de 2008.

Por otra parte, del escrito presentado por las reclamantes el 1 de septiembre, de ampliación de su reclamación inicial, parece también inferirse que la recriminación que se hace respecto de la concreta atención médica dispensada es que el trasplante no se realizó a tiempo, dado que, razonan, hubo una pérdida de oportunidad *“pues si el trasplante se hubiera hecho, evidentemente o muy probablemente, el beneficiario no hubiera fallecido”*.

Que el paciente se encontraba en una situación de extrema gravedad es un dato incuestionable, refrendado por los múltiples informes médicos incorporados al expediente, y por la decisión de incluirle en lista de espera quirúrgica para trasplante de corazón. Pero el debate debe centrarse en si fue correcta o no la atención médica que se prestó al paciente, partiendo del parámetro de la *lex artis ad hoc*.

Como antes se dijo, la carga de la prueba de la infracción de la *lex artis ad hoc* incumbe al reclamante, en coherencia con la consideración de que las obligaciones de los médicos son de medios o de actividad, y no de resultado. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, argumenta en los siguientes términos: *“(...) las obligaciones exigibles a los servicios médicos en relación con prestaciones como las examinadas en este expediente son obligaciones de medios y no de resultado. Corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama”*.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, no aparece acreditado en modo alguno, que el acto médico controvertido, a saber, la decisión del personal sanitario del Hospital Doce de Octubre de no hospitalizar al paciente el 27 de agosto de 2009, cuando acudió a revisión en consultas externas, haya sido una decisión desacertada o incorrecta desde el punto de vista asistencial o sanitario.

Aun cuando no nos ha sido remitido el impreso de consentimiento informado para el trasplante de corazón, sí que consta documentado en el expediente que el paciente se sometió a reconocimiento médico exhaustivo previamente a incluirle en lista de espera para esta intervención quirúrgica considerada de alto riesgo. De ello, es presumible que se le informaría de que no en todos los casos es posible obtener a tiempo un corazón.

Es más, en el informe del Dr. M.A.G.S., perteneciente a la Unidad de Insuficiencia Cardiaca e Hipertensión Pulmonar (Servicio de Cardiología) del referido Hospital, fechado el 17 de diciembre de 2009, se afirma que el paciente, desde que fue diagnosticado de su enfermedad en el año 1998, se ha beneficiado de todos los avances de los que puede disponer la sanidad pública, incluyendo by pass aorto-coronario con cirugía de resección de aneurisma ventricular, implante de marcapasos resincronizador para recuperación de su función ventricular, y colocación de dispositivo desfibrilador automático implantable portátil para tratamiento de arritmias ventriculares severas. Finalmente, en los últimos meses, se sometió a evaluación para trasplante cardíaco, permaneciendo en lista de espera hasta su fallecimiento.

En concreto, respecto de la asistencia dispensada el día 27 de agosto de 2008, el informe del Servicio apunta a que el paciente se encontraba en situación de insuficiencia cardíaca grado III de la NYHA (Asociación Cardiológica de Nueva York), y concretamente, el paciente permanecía

estable, con su disnea habitual de clase III, y con poco apetito. La exploración reflejaba un aumento de dos kilos de peso en las últimas semanas hasta alcanzar los 81 kilos, con presión venosa central no elevada. La auscultación revelaba un soplo de regurgitación tricuspídea, y en la inspección general se apreciaban edemas en miembros inferiores, de carácter crónico. Se intensificó por ello el tratamiento diurético y se indicó al paciente que acudiera a su hospital de referencia (Valdepeñas) si los síntomas empeoraban.

De las afirmaciones vertidas en este informe del Servicio médico interviniente, el autor del informe de la Inspección Médica concluye que el seguimiento de este paciente durante todo su proceso asistencial “*fue absolutamente correcto y guiado por la lex artis en toda ocasión*”, así como que no había alternativa terapéutica al trasplante en este caso. En particular, se refiere a la estabilidad del paciente en todas las ocasiones en que fue visto en consultas externas en el Servicio de Cardiología del Hospital, lo que hacía desaconsejable la hospitalización, mientras corriese la lista de espera. Según se recoge en dicho informe, la decisión de ingresar al paciente “*no hubiera mejorado el pronóstico vital y hubiera aumentado los riesgos nosocomiales*”. Por este motivo, considera, “*no era una decisión razonable desde el punto de vista técnico-asistencial, ni desde ningún otro*”.

Si a las consideraciones anteriores, añadimos que la mortalidad media en lista de espera para trasplante cardíaco se sitúa en torno al 10% de los casos, se puede concluir que el fallecimiento del paciente se debió a la propia gravedad de la patología de base que presentaba, más que a una decisión incorrecta por parte del personal sanitario que lo atendió a lo largo de todo su proceso.

A mayor abundamiento, debemos hacer mención, siquiera sea someramente, a la distribución de competencias en la cuestión relativa a los

trasplantes de órganos. A este respecto, hay que apuntar a que la gestión y actualización de las listas de espera de ámbito nacional para trasplantes de órganos y tejidos humanos es una de las funciones específicas de la Organización Nacional de Trasplantes, conforme al artículo 5 del Real Decreto 1825/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba su Estatuto, que lo configura como un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo. Así, la Organización Nacional de Trasplantes tiene como fin genérico el de *“coordinar la política de donación y trasplante de órganos y tejidos de aplicación en humanos en España”* (artículo 4.1 del citado Real Decreto).

También el artículo 19.5.b) del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, se pronuncia en los mismos términos, diciendo que *“Sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, la Organización Nacional de Trasplantes desarrollará las siguientes actividades (...) b) Actualización y gestión de las listas de espera de ámbito nacional para trasplantes de órganos y tejidos”*. Añade a lo anterior el artículo 19.4 del mismo Real Decreto que *“La Organización Nacional de Trasplantes coordinará sus actividades con las estructuras de coordinación existentes en las Comunidades Autónomas”*.

Luego, en última instancia, el reproche que las reclamantes dirigen a la Administración Sanitaria en el sentido de que debió habersele realizado a su esposo y padre el trasplante de corazón a su debido tiempo, para evitar su fallecimiento, no se concreta en ninguna actuación llevada a cabo por la Sanidad pública madrileña, que, como mucho, desarrolla una actividad de coordinación, sino, en su caso, por un órgano estatal con competencias en

todo el territorio nacional, como es la mencionada Organización Nacional de Trasplantes, que es el organismo que gestiona las listas de espera.

Y, por último, no podemos dejar de considerar que, en el fondo, se está censurando al personal médico el no haber realizado el trasplante de un órgano que el paciente precisaba para su supervivencia, soslayando el dato de que precisamente la lista de espera existe porque es preciso esperar a que aparezca algún corazón compatible y útil para el caso concreto, que lamentablemente no llegó.

En mérito a todo lo anterior, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta debe ser desestimada.

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, 27 de octubre de 2010