

Dictamen nº: **61/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.02.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 27 de febrero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por V.B.D.C., B.H.B., C.H.B. y J.R.H.B. en solicitud de indemnización económica, por daños derivados del fallecimiento de J.M.H.M.C. que atribuyen a una deficiente asistencia sanitaria en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de enero de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 22 de enero de 2013, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 36/13, 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.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. Don Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por la Comisión

Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 27 de febrero de 2013, por ocho votos a favor y el voto en contra del Presidente, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por los familiares de J.M.H.M.C., asistidos por el letrado C.S.G. registrada de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 20 de febrero de 2012 (folios 1 a 76 del expediente).

Según los reclamantes, J.M.H.M.C. fue intervenido el 13 de octubre de 2010 en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón para la extirpación de un carcinoma epidermoide de trígono retromolar. Refieren que tras la intervención no se actuó con el paciente con la diligencia debida, pues no se pautaron curas de la herida quirúrgica hasta el 21 de octubre cuando se apreció la existencia de una *“escara necrótica en zona central de colgajo vertical”*.

A continuación, los interesados señalan que el 25 de noviembre se evidenció la infección del paciente. Refieren que el estado de su familiar fue empeorando con sangrados, dificultades cardiovasculares y renales. Finalmente se produjo el fallecimiento el 11 de marzo de 2011.

Según los reclamantes, en el presente caso existen evidencias de que las medidas de higiene no se llevaron a cabo con la diligencia debida. En su opinión, todas las complicaciones surgidas tras la primera operación quirúrgica y que finalmente provocaron el fallecimiento del paciente se debieron en primer lugar, a la infección adquirida por su familiar, en segundo lugar, a la tardanza en el diagnóstico y finalmente, al erróneo tratamiento de las infecciones.

Además, los interesados aducen falta de información completa y detallada de los graves riesgos que comportaba la intervención de 13 de octubre de

2010. Subrayan que la única información facilitada al paciente fue que se trataba de una operación muy sencilla y que no comportaba riesgo alguno.

En virtud de todo lo expuesto solicitan una indemnización económica por importe de 150.000 euros.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior por el Servicio Madrileño de Salud, se acuerda el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial aprobado mediante Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo (en adelante RPRP).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del paciente remitida por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón (folios 79 a 1217 y 1232 a 1234 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha recabado el informe preceptivo del servicio médico afectado. Así se ha incorporado al expediente el informe de 7 de marzo de 2012 del jefe del Servicio de Anestesia-Reanimación del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, y el informe del jefe del Servicio de Cirugía Maxilofacial del referido hospital (folios 1218 a 1234 del expediente). También consta en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria (folios 1235 a 1245 del expediente).

Tal y como establecen los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, se evacuó el oportuno trámite de audiencia a los reclamantes. Consta que los interesados formularon alegaciones el día 20 de junio de 2012, manifestando que en el expediente no consta ningún consentimiento informado de 13 de octubre de 2010, sino uno de 12 de octubre que no fue

rubricado por el paciente. Posteriormente, el día 23 de noviembre de 2012 presentan nuevas alegaciones en las que sostienen que en el consentimiento informado de 12 de octubre de 2010, resulta ilegible la firma del paciente y no está firmado en todas las hojas que componen el consentimiento, por lo que entienden que su familiar no tuvo acceso a la información contenida en el resto de las hojas en las que no aparece la firma.

Finalmente, por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria –por delegación en la secretaría general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio- se dictó propuesta de resolución en fecha 19 de diciembre de 2012, en la que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada, por entender que la asistencia sanitaria dispensada al paciente fue ajustada a la *lex artis*.

CUARTO.-Del examen de la historia clínica del paciente y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

J.M.H.M.C., de 63 años de edad en el momento de los hechos, como antecedentes diabetes mellitus 2, hiperlipidemia y prótesis de válvula mitral, el 12 de octubre 2010 ingresa en el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, donde se informa que, el paciente diagnosticado de un tumor de trígono retromolar y de carcinoma epidermoide de cara laríngea supraglótica, va a ser intervenido quirúrgicamente conjuntamente con el Servicio de Cirugía Maxilofacial. Se anota en la historia clínica “*hablo con el paciente y le explico tratamiento quirúrgico, como va a ser el postoperatorio, el paciente acepta la intervención y firma el consentimiento informado*”.

Consta en la historia clínica que el día 12 de octubre de 2010 J.M.H.M.C. firma un documento de información y autorización para la realización de laringectomía parcial (folios 1232 a 1234 del expediente). En

el mencionado documento figura la descripción del procedimiento, beneficios y alternativas. Además en el apartado de riesgos específicos se mencionan entre otros, las infecciones de la herida quirúrgica o del aparato respiratorio; lesiones en la laringe, como pericondritis o necrosis de las partes blandas del cuello; también fistulas faringeas, que pueden hacer necesaria una reintervención, e incluso se especifica como riesgo posible la muerte. El paciente también había firmado el documento de consentimiento informado para la anestesia de la intervención el día 23 de septiembre de 2010 (folios 90 y 91 del expediente).

El día 13 de octubre de 2010 se realiza la intervención por un equipo multidisciplinar formado por el Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial y el Servicio de Otorrinolaringología. La intervención comienza a las 9:55 horas y finaliza a las 20:50 horas. Se realizó traqueotomía, resección de la tumoración de trígono junto con una mandibulectomía segmentaria de zona de pieza 33 a área subcondílea izquierda, laringuectomía horizontal supraglótica, vaciamiento cervical funcional izquierdo y reconstrucción mandibular con colgajo libre peroneo.

Durante los dos días posteriores a la intervención el paciente estuvo ingresado en el Servicio de Reanimación. Se anota la revisión de la herida quirúrgica y que no presenta signos de infección. Se realizan curas y se pauta profilaxis con antibióticos. El día 14 de octubre se toma cultivo de exudado nasal que resultará negativo para estafilococo meticilina resistente (SARM)

Los días 18, 19 y 20 de octubre se realizó una valoración de heridas cervicales anotándose el buen aspecto. El paciente se mantiene afebril y clínicamente estable. Se anota la realización de curas diarias.

El 21 de octubre se anota que el paciente presenta escara necrótica en zona central de colgajo cervical y que recibe curas con silvederma y unitul. Se toma nuevo cultivo y se ajusta el tratamiento.

El 23 de octubre avisan al Servicio de Medicina Interna por hiper glucemia de 490. Se anota que aparentemente la zona de intervención y el colgajo impresionan de sobreinfectado y que está en tratamiento con Augmentine. Se indica mantener con insulina Actrapid de rescate, comenzar al día siguiente con Lantus y poner interconsulta a endocrino, si precisa.

El 25 de octubre se anota que el colgajo se muestra “*vital, turgente y con buen color*”. Se escribe que la escara necrótica continúa en curas mediante iruxol+unitul. Se toma nuevo cultivo. El paciente sigue con tratamiento mediante augmentine empírico. Se levanta la férula del miembro inferior derecho y se observa el injerto dermoepidérmico correctamente prendido. Sin signos de dehiscencia ni infección activa. Se toma nuevo cultivo.

En los días sucesivos el paciente se mantiene afebril y hemodinámicamente estable. Se anota la realización de curas diarias. En zona declive cervicotomía exudado seropurulento persistente pendiente de resultado de cultivo. Se cambia antibioterapia a meronem empírico en espera de cultivo microbiológico.

El 29 de octubre se programa para desbridamiento y rotación del colgajo para el 2 de noviembre. En esta última fecha, bajo anestesia general, se realiza resección del colgajo cervical izquierdo dehiscente y necrosado y reconstrucción mediante colgajo de pectoral mayor ipsilateral pediculado. En días posteriores el paciente se mantiene afebril y con buen aspecto de los colgajos. Consta la realización de curas por turnos.

El 4 de noviembre de 2010 se obtiene el resultado de los cultivos con resultados positivos para *Escherichia coli*, *Klebsiella pneumoniae* y *Streptococcus pneumoniae*. Se cambian las curas y se ajusta el tratamiento.

El 8 de noviembre de 2010 se anota que el injerto de peroné está macerado y con escaras en su parte superior, por lo que se procede a desbridamiento. Se cambia la pauta de antibioterapia a ciprofloxacino.

El 14 de noviembre se aprecia buena cicatrización de su endolaringe. Se indica dieta oral y se explica al paciente y su familia la maniobra para facilitar la deglución.

En los días posteriores el paciente se mantiene afebril y hemodinámicamente estable. Se anota la realización de curas y tratamiento con ciprofloxacino. El 18 de noviembre se realiza desbridamiento de la herida quirúrgica peronea.

El 19 de noviembre de 2010 se realiza un nuevo cultivo. El resultado, obtenido el 25 de noviembre de 2010, es positivo para estafilococo meticilina resistente. Se solicita valoración del Servicio de Microbiología para la pauta de un tratamiento adecuado. Se inicia nuevo tratamiento antibiótico con piperacilina/tazobactam y linezolid estando pendientes de evolución. Se anota que el paciente permanece aislado.

En días posteriores se anota que el paciente presentó una anemización aguda hasta 4,7 g/dl de Hb sin una zona sangrante visible y que se transfundieron 3 concentrados de hematíes. Se dice posponer cirugía de cierre dehiscencia+ faringostoma hasta que el paciente este estable clínicamente. Ante la sospecha de posible hemorragia digestiva se solicita interconsulta a los servicios de Cirugía General, Digestivo y Otorrinolaringología. Se realiza endoscopia digestiva y colonoscopia que arrojan resultados dentro de la normalidad. Se descarta sangrado en la zona de la cirugía de cabeza y cuello, así como sangrado digestivo.

El 16 de diciembre de 2010, el familiar de los reclamantes es intervenido de desbridamiento de colgajo pectoral cervical y reconstrucción de la dehiscencia cervical anterior mediante colgajo dorsal ancho pediculado+ injerto dermoepidérmico de muslo en zona donante de colgajo peroneo derecho previo.

En los días posteriores el paciente se mantiene afebril, clínica y hemodinámicamente estable con nutrición por vía central. Las heridas

quirúrgicas presentan buen aspecto, no objetivándose sangrado activo por las mismas. Se ajusta antibioterapia ante el resultado microbiológico de la pieza quirúrgica. Se anota la realización de curas.

El 5 de enero de 2011 se procede a desbridamiento quirúrgico de herida cervical, colocación de pectoral en zona de faringostoma e injerto dermoepidérmico en miembro inferior derecho.

El 11 de enero se levanta packing de injerto y se anota que ha prendido zona inferior. El paciente parece presentar un cuadro depresivo por lo que se realiza interconsulta al Servicio de Psiquiatría.

En el informe de 17 de enero de 2011 se indica que el paciente presenta infección de herida quirúrgica cervical con dehiscencia de colgajo, polimicrobiana. Además presenta absceso en codo por c. albicans pendiente de desbridamiento.

El 18 de enero J.M.H.M.C. presenta endocarditis sobre válvula protésica. Se solicita informe de Cirugía cardiaca. Tras ecocardio se indica que la prótesis mecánica en posición mitral está aparentemente normofuncionante con adecuado movimiento de los velos y con jet de insuficiencia intraprotésico de grado ligero. Se observa imagen de alta densidad, adherida a la prótesis por vía subcostal. Se solicitan TC y TAP para ver si existe afectación a distancia por posibles émbolos. Se presentará en sesión clínica de micro y cirugía cardiaca.

El 21 de enero de 2011 se anota que se habla con la familia de la gravedad del estado del paciente. Por otra parte presenta mejoría del aspecto cicatricial de las heridas cervicales, apreciándose tejido de granulación. Asimismo, mejora herida de MID. El resultado del TC TAP es de pequeños infartos esplénicos.

En días posteriores el paciente es revisado por el Servicio de Cardiología que informa que en ese momento no tiene datos de insuficiencia cardiaca

franca y consideran tiene margen para seguir viendo evolución con tratamiento médico. Desde el punto de vista cardiológico recomiendan intensificar tratamiento diurético, vigilando función renal, y niveles de potasio. Se añade tratamiento con ceftriaxona para cubrir probable neumonía.

En sesión de endocarditis el 26 de enero de 2011 se desestima tratamiento quirúrgico para el recambio valvular mitral y seguir con antibioterapia.

El 27 de enero se realiza ecocardiograma transesofágico en el que se continúa visualizando masa de gran tamaño adherida a todo segmento posterior del anillo mitral compatible con vegetación.

El 28 de enero ante los resultados ecocardiográficos y de la Rx de tórax, se vuelve a comentar el caso con Cirugía cardiaca que desestima la cirugía. Se anota que la familia ya ha sido informada por el Servicio de Cirugía Cardiovascular desde la semana anterior de la situación del paciente.

El 29 de enero el paciente sufre un episodio de desaturación (70%) sin motivo aparente, con restos de vómitos peritraqueostomía por lo que se coloca mascarilla, remontando la saturación.

En días posteriores se solicita interconsulta con el Servicio de Hematología por trombocitosis que consideran de probable causa reactiva, y con el Servicio de Nefrología por deterioro de la función renal, con fracaso renal agudo multifactorial, toxicidad por antimicrobianos, funcional por depleción de volumen. El paciente continúa con antibioterapia. El pronóstico del paciente sin recambio valvular es ominoso según el Servicio de Cardiología. Se anota que se tomará una decisión respecto al recambio valvular en el comité de endocarditis y la decisión se presentará al paciente y se informará a la familia.

En sesión de endocarditis se decide realizar la cirugía de reemplazo valvular. El cirujano cardíaco informa al paciente de la intervención. Se informa también a la familia de la necesidad de realizar la cirugía, del pronóstico ominoso del paciente si no es intervenido y del alto riesgo vital intraoperatorio y postoperatorio. El 10 de febrero el paciente firma el consentimiento informado para reparación y/o sustituciones valvulares, en el que se especifica que el riesgo global es muy alto.

La intervención se realiza el 11 de febrero de 2011. Como hallazgo intraoperatorio se aprecia prótesis mitral con vegetaciones infecciosas en segmento posterolateral. En el postoperatorio permanece en UCP presentando situación de difícil manejo precisando aminas para el tratamiento del shock distributivo postendocardítico y post CEC y inotrópicos a dosis altas. La situación del paciente es en todo momento inestable y presenta múltiples complicaciones hasta el fallecimiento el 11 de marzo 2011, por fracaso multiorgánico.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes,

CONSIDERACIONES DE 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 150.000 euros por los interesados, 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.

SEGUNDA.– La reclamación se ha presentado por la esposa e hijos del paciente fallecido. En el caso examinado, es evidente que los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que sufren el daño moral causado por el fallecimiento de su familiar. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los reclamantes con el fallecido, mediante la presentación de fotocopia del Libro de Familia.

Ahora bien, de los términos de la reclamación se infiere que los interesados también reprochan a la Administración Sanitaria la ausencia de información y falta de consentimiento informado en relación con la intervención quirúrgica practicada a su familiar el 13 de octubre de 2010. Debemos no obstante afirmar que los interesados carecen de legitimación activa para reclamar por este concepto.

Como hemos tenido ocasión de manifestar en anteriores dictámenes de este Consejo, así el Dictamen 432/12, de 11 de julio, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica define el consentimiento informado como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*. El titular del derecho a la información es el propio paciente como expresa con claridad el artículo 5.1 de la Ley 41/2002. La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de

marzo, expresa que la Ley 41/2002 “*es un mandato general del legislador para garantizar la efectividad de algunos derechos fundamentales (...)*” y que “*(...) Hay un daño moral que nace per se por el mero hecho de obviar al paciente una información que le es debida, incluso si se prueba que la intervención fue correcta y necesaria para mejorar la salud del enfermo*”. El Tribunal Constitucional considera una vulneración de la integridad física y moral del paciente, la privación de la posibilidad de decidir de forma voluntaria y consciente su sometimiento a una intervención quirúrgica. Pero, precisamente, por tratarse de un daño infligido al paciente no cabe que los familiares lo reclamen ya que carecen de legitimación activa para ello.

En cualquier caso cabe subrayar que las alegaciones de los reclamantes en relación con el consentimiento informado firmado por su familiar carecen de fundamento. En primer lugar, porque dicho documento de consentimiento informado previo a la intervención quirúrgica de 13 de octubre de 2010 figura en la historia clínica debidamente firmado, siendo la firma sustancialmente idéntica a la de los otros documentos de consentimiento informado firmados por el paciente que figuran en la historia clínica examinada y no discutidos por los reclamantes. En segundo lugar, en cuanto al argumento de que el paciente solo firmó la última hoja del consentimiento, debe indicarse que esto constituye la práctica habitual y no implica desconocimiento del resto de páginas no firmadas. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de diciembre de 2011 cuando señala lo siguiente a propósito de esta cuestión: “*Ya hemos expresado que la Sala de instancia aceptó la existencia del susodicho consentimiento en razón de que lo normal es firmar la última hoja y no las anteriores. Tal valoración resulta razonable y lógica sin que en nuestro sistema hubiere que tratar al consentimiento informado como a los documentos en que deben firmarse al final y rubricarse las hojas precedentes*”. Finalmente dicho documento, como hemos indicado en los antecedentes de este dictamen, recoge de forma

completa y detallada el procedimiento, riesgos y alternativas de la intervención.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico del Hospital General Universitario Gregorio Marañón integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará *“desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la *«actio nata»*, recogida en el artículo 1969 del Código Civil (*«actioni nondum natae, non prescribitur»*).

En el presente caso, el *dies a quo* es el 11 de marzo de 2011, fecha en la que se produjo el fallecimiento del paciente, por lo que la reclamación presentada por sus familiares el día 20 de febrero de 2012 se habría formulado en el plazo de un año que marca el texto legal.

En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, se encuentra regulado en el título X de la LRJ-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

A este procedimiento se encuentran sujetas, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC (en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) y la disposición adicional primera del RPRP, las

entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP. Igualmente se ha recabado y evacuado el informe de la Inspección sanitaria.

Asimismo, se ha dado trámite de audiencia a los interesados, de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

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

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-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.

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, por todas las Sentencias de 20 de marzo de 2007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) 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.

CUARTA.- En el caso que nos ocupa está acreditado el fallecimiento de una persona, que provoca un “*daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto*” y que jurisprudencia

consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable, aunque de difícil valoración económica.

Acreditada la realidad del daño alegado por los interesados, procede examinar si concurren el resto de requisitos que permiten la imputación de responsabilidad a la Administración. Debemos partir de que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial es al reclamante al que incumbe la carga de la prueba. En este sentido, la Sentencia de 3 de mayo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con cita de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997 y 21 de septiembre de 1998. Lo mismo cabe decir en el concreto ámbito sanitario (sirva como exponente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de septiembre de 2008, núm. 1707/2008).

En el presente caso, los interesados centran su reclamación en considerar que las medidas de higiene y curas practicadas a su familiar no fueron las adecuadas, que hubo un retraso en detectar la infección que padeció y finalmente que el tratamiento que se le suministró no fue correcto. A esas defectuosas asistencias imputan en una relación causa-efecto el fallecimiento del paciente. Sin embargo en contra de lo manifestado por los reclamantes, que no aportan prueba alguna de la mala praxis denunciada más allá de sus alegaciones, la historia clínica y los informes médicos que obran en el expediente muestran que J.M.H.M.C. fue sometido a curas diarias de las heridas quirúrgicas y tratado con antibióticos desde el primer día postoperatorio así como que recibió la asistencia de un equipo médico multidisciplinar, que fue pautando el tratamiento adecuada en función de la evolución del paciente. En este sentido el informe de la Inspección Sanitaria es concluyente cuando señala lo siguiente:

“De la información recogida se deduce que la atención prestada al paciente ha sido correcta aunque el resultado obtenido no haya sido el deseado. El paciente presentaba una enfermedad grave y permaneció ingresado en el hospital 4 meses durante los cuales y tras una cirugía muy delicada fue tratado con todos los medios de que se dispone, con nuevas cirugías para solucionar los problemas que se iban presentando. El paciente antes de cada una de las intervenciones firmó el consentimiento para las mismas dándose por enterado de las posibles complicaciones, figurando en su historia en varias ocasiones el hecho de haber hablado con los familiares explicándoles la gravedad del caso”.

En contra de lo manifestado por los reclamantes, la documentación que obra en el expediente pone de manifiesto que la intervención quirúrgica a la que se sometió su familiar era una operación oncológica muy traumática y con múltiples factores de riesgo entre los que figuraba incluso el posible fallecimiento del paciente J.M.H.M.C. presentó una infección de la herida quirúrgica, si bien había sido informado correctamente de dicho riesgo, frecuente en este tipo de intervenciones. Así se afirma en el consentimiento informado para laringectomía, que debidamente firmado por el familiar de los reclamantes el día 12 de octubre de 2010, figura en el expediente. Según los datos que figuran en la historia clínica y los informes que obran en el expediente dicha infección trató de prevenirse mediante la realización de curas diarias y tratamiento antibiótico desde el postoperatorio inmediato. No obstante, en palabras de la Inspección Sanitaria, *“a los pocos días y pese al tratamiento profiláctico antibiótico y las continuas curas, comenzaron a aparecer síntomas de infección en las heridas”*. No consta que hubiera retraso en la detección de la infección como afirman los reclamantes, sino que se apreció tan pronto como se obtuvo el resultado de los múltiples cultivos que se fueron realizando. Debe tenerse en cuenta que las muestras se toman el 14, 21 y 25 de octubre y el 19 de noviembre pero no se obtienen los resultados inmediatamente, sino hasta pasados unos días pues es

preciso procesarlas y esperar a que crezcan los microorganismos. No obstante, el paciente estuvo en todo momento tratado con antibióticos de amplio espectro y sometido a la realización de curas diarias por el Servicio de Enfermería y por los cirujanos del Servicio. De igual manera la infección fue tratada de forma correcta con desbridamiento de la herida quirúrgica en varias ocasiones y cobertura con colgajos e injertos. Por último el paciente una vez diagnosticado de infección por gérmenes multi-resistentes, tras la obtención de los resultados de los cultivos, fue inmediatamente aislado por el Servicio de Epidemiología del hospital y ajustado el tratamiento antibiótico.

Las infecciones hospitalarias no implican la existencia de mala praxis, salvo que no se adopten las medidas adecuadas para prevenirlas y combatirlas. En este caso, la historia clínica examinada y los informes médicos que obran en el expediente dan cuenta de que se adoptaron las medidas de asepsia adecuadas y que se aplicó al paciente una terapia antibiótica. Por ello el informe de la Inspección Médica considera que la actuación de los profesionales implicados en el proceso asistencial de J.M.H.M.C. fue correcta.

En este sentido es ilustrativa la Sentencia de 2 de abril de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Recurso 510/2004) cuando indica lo siguiente:

“Sin embargo, como es sabido, la Administración no debe responder de toda enfermedad contraída en un centro hospitalario, en primer lugar, porque los contagios son inevitables en muchas ocasiones y, en segundo, porque la infección hospitalaria, no constando mala praxis o actuación contraria a protocolo o desatención en las medidas de profilaxis y prevención, constituye un riesgo inherente a la intervención, que el paciente debe de asumir”.

En este caso, la documentación examinada acredita que la actuación médica fue irreprochable desde el punto de vista analizado y además que el paciente otorgó su consentimiento para la intervención el día 12 de octubre de 2010, por lo que asumió el riesgo de infección que en dicho documento figuraba. En este sentido el jefe del Servicio de Cirugía Maxilofacial implicado en el proceso asistencial del reclamante informa que según la literatura médica “*la infección de la herida postoperatoria ha sido encontrada en entre un 10-45% de los pacientes que han sido sometidos a cirugía de cáncer cabeza y cuello*”. Además el paciente presentaba unos factores de riesgo asociados como la diabetes mellitus, la localización del tumor, reconstrucción con colgajos, la extensión de la resección. Subraya que precisamente por el riesgo de infección del sitio quirúrgico, el paciente estaba siendo tratado con antibióticos desde el primer día postoperatorio.

Todo lo dicho nos lleva a concluir que en este caso, pese al fatal desenlace, la posibilidad de infección grave había sido asumida por el paciente en el consentimiento informado y la actuación de los servicios sanitarios fue adecuada a la *lex artis*, tanto en la adopción de las necesarias medidas preventivas como en el tratamiento de la infección una vez detectada.

En este caso, por tanto cabe concluir que la asistencia dispensada fue la adecuada a las graves patologías del paciente, tal y como se refleja en los informes recogidos en el expediente, si bien el estado de salud, muy complicado del mismo, determinó que el proceso fuera irreversible y, desgraciadamente, causó el *exitus* de aquél.

En definitiva, habiéndose observado la *lex artis ad hoc* por parte de los profesionales sanitarios que atendieron al paciente, procede desestimar la reclamación indemnizatoria presentada.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los familiares de J.M.H.M.C. debe ser desestimada al no haber habido infracción de la *lex artis ad hoc* en la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón y carecer los interesados de legitimación activa para reclamar por la falta de información previa a la intervención quirúrgica de 13 de octubre de 2010.

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.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO, D. MARIANO ZABÍA LASALA.

«Mi discrepancia respecto al dictamen aprobado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en su reunión del día 27 de febrero de 2013 (expediente 36/13) se circscribe a la afirmación contenida en el conclusión primera del mismo, según la cual los interesados carecen de legitimación activa para reclamar por la falta de información previa a la intervención quirúrgica que se llevó a cabo el 13 de octubre de 2010, estando por lo demás conforme con la desestimación de la reclamación objeto de dictamen, al no haberse producido infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

Limitada así mi discrepancia, tengo que señalar que los fundamentos de la misma los expuse pormenorizadamente en el voto particular discrepante que formulé al dictamen 353/12 de este Consejo, al que ahora me remito.

Sin embargo, estimo de interés formular algunas observaciones complementarias específicamente relacionadas con el dictamen del que ahora discrepo, dado que algunos de sus argumentos se vienen reiterando últimamente en los dictámenes del Consejo. Por ello formulo voto particular, respecto al dictamen aprobado el día 27 de febrero de 2013 (expediente 36/13), basado en las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Dice el dictamen del que discrepo en su consideración de derecho segunda que la privación al paciente de la información necesaria para la adecuada prestación de su consentimiento, constituye un daño de carácter personalísimo y que, por tanto, “será el supuesto damnificado el único que podrá valorar si con esa pretendida falta de información se ha producido una vulneración de sus derechos morales, pues cada persona será la única soberana para considerar que se ha producido una vulneración de sus valores y derechos”

De tal argumentación jurídica parece desprenderse la idea de que el nacimiento del derecho queda supeditado, si no a la interposición de la correspondiente reclamación, sí a una previa manifestación de voluntad del perjudicado.

A este respecto he de decir, en primer lugar, que en el dictamen se produce, a mi entender, una cierta confusión entre el nacimiento del derecho y su ejercicio, pues la “soberanía” que se predica del perjudicado sólo puede referirse, a mi juicio, al ejercicio del derecho, pero no a su nacimiento, que

tiene lugar en el mismo momento en el que se produce el daño indemnizable. La persona que, por ejemplo, ha quedado tetrapléjica como consecuencia de un accidente, será soberana para determinar si ejerce o no la acción reclamando su derecho, pero parece evidente que el derecho nace en el mismo momento en que sufrió el perjuicio indemnizable.

No puedo compartir la idea de que el nacimiento del derecho al resarcimiento por daños de carácter personalísimo (tanto físicos como morales), pueda quedar condicionado a la previa manifestación del perjudicado, y mucho menos, al ejercicio de la acción, pues tal “acción es la expresión de una facultad potestativa que presupone la existencia de un derecho que puede hacerse valer, sin que el nacimiento de éste tenga lugar cuando se ejercita judicialmente dicha acción”.

SEGUNDA.- Podría aceptarse a efectos dialécticos que existen diferencias entre el daño al honor, a la intimidad o a la imagen y el derecho a integridad corporal, pues en el primer caso se trata de unos derechos que, de alguna manera, están definidos por la percepción que de ellos tenga el propio afectado y están por ello teñidos de una cierta relatividad y subjetividad.

Aun aceptando esta hipótesis, considero que tales elementos de relatividad y subjetividad podrían afectar a la cuantificación y, con mayor claridad, a la prueba del daño producido, pero no al origen del derecho ni, claro está, a su transmisibilidad.

Tengo que precisar, por último, que tales elementos de relatividad y subjetividad ni siquiera se darían en el supuesto contemplado en el dictamen, pues la ausencia de consentimiento informado o, más precisamente, la privación al paciente de la información necesaria para el pleno ejercicio de su derecho a la propia determinación, supone una daño perfectamente objetivado en la ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente.

TERCERA.- El segundo punto del dictamen sobre el que considero necesario hacer una precisión es sobre la valoración que tal dictamen lleva a cabo de la sentencia de la Sección 4^a de la Sala 3^a del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 2012 recurso 3531/2010 que el dictamen estima “que no se trata de una jurisprudencia consolidada sino casuística”. Tal afirmación puede considerarse correcta, si la calificación de casuística se entiende contrapuesta a la de consolidada, en el sentido más técnico y riguroso, pero en ningún caso resulta aceptable si con la calificación de casuística se pretende transmitir la idea de que se trata de una sentencia aislada. Tal sentencia se inserta en una amplia línea jurisprudencial que admite la legitimación de los herederos para reclamar por los daños del causante y que, sólo en el orden contencioso administrativo, tiene, entre otras, las siguientes manifestaciones relevantes :

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3^a) de 29 de septiembre de 2011 (JUR 2011/354946): que admite la legitimación activa de una madre que reclama una indemnización de 123.544 euros en concepto de daños morales sufridos por su hijo, ya fallecido, por haber permanecido en prisión por un delito del que luego resultó absuelto.
- Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 8^a) de 9 de diciembre de 2003: que admite la legitimación activa de la hija por los daños físicos y psíquicos sufridos por su madre fallecida.
- Sentencia del TSJ de Asturias de 25 de marzo de 1999 (ponente Morilla García-Cernuda): que reconoce a la hija una indemnización por la infección de VIH adquirida por su madre en un hospital
- Sentencia del TSJ de Navarra de 17 de octubre de 2003 (ponente Fresneda Plaza): que reconoce a marido de hijos una indemnización por los padecimientos físicos y morales sufridos por la esposa y madre como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria prestada.

- Sentencia del TSJ de Extremadura de 11 de marzo de 2010 (ponente Villalba Lava): que reconoce a las hijas de la paciente fallecida una indemnización por los daños morales sufridos por la fallecida como consecuencia de la inadecuada asistencia sanitaria.
- Sentencia del TSJ de Aragón de 29 de marzo de 2010 (ponente Samanes Ara): que reconoce a la hija una indemnización por los daños corporales y morales sufridos por su madre como consecuencia de un error de diagnóstico.
- Sentencia del TSJ de Asturias de 9 de diciembre de 2011 (ponente Fonseca González): que reconoce al marido y a sus hijos una indemnización por los daños corporales y morales sufridos por la mujer y madre de los herederos como consecuencia de un retraso en el diagnóstico.
- Sentencia del TSJ de Valencia de 11 de diciembre de 2003 (ponente Alonso Mas): que reconoce al marido e hijos legitimación como herederos para reclamar por los daños físicos y psíquicos sufridos por su esposa y madre sufridos por una caída en un cementerio municipal.

CUARTA.- Con independencia a lo anterior, hay que señalar que la transmisibilidad *mortis causa* de los derechos resarcitorios por daños físicos o morales viene sustentada, además, en numerosísimas sentencias de orden civil, penal, y laboral. Importante manifestación en esta línea jurisprudencial en el orden civil es la reciente sentencia (13 de octubre de 2012) del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, importante por emanar del Pleno, por su actualidad y porque contempla específicamente el problema de la legitimación de los herederos para reclamar por los daños del causante, revocando expresamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, que había negado la legitimación a unos padres para ejercitar la acción por los daños personales sufridos por su hijo en un accidente de circulación. Transcribo algunas consideraciones especialmente relevantes:

“La controversia jurídica que suscitan los recursos de casación formulados, tanto por el padre como por la madre de Pedro Enrique, se concreta en determinar si resulta legal y jurisprudencialmente admisible que los herederos de una víctima de accidente de tráfico, que falleció por causa del mismo a los cinco meses de recibir el alta definitiva, reclamen en dicho concepto la indemnización correspondiente a la incapacidad transitoria y permanente, y no en su condición de perjudicados por su fallecimiento, teniendo en cuenta que la sentencia de la Audiencia Provincial que ahora se recurre, negó legitimación a los demandantes para reclamar en dicho concepto de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala.”.

“la respuesta debe ser contraria a la expresada en la sentencia recurrida”

“En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme al artículo 659 del CC. Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostenta derecho –iure hereditatis–, por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió”

Entiendo que no existe ninguna razón para que los argumentos contenidos en esta Sentencia no sean de perfecta aplicación en el orden contencioso administrativo.

QUINTA.- Por último, quiero señalar que la calificación de casuística no puede ser un argumento para descalificar la sentencia a la que venimos refiriéndonos, sino todo lo contrario.

Con independencia de que toda sentencia es, en principio, casuística, hay que señalar que el interés y el valor de la sentencia del T.S. Sala 3^a, de 26 de marzo de 2012 residen, en gran medida, en el hecho de que tal sentencia contempla un caso prácticamente idéntico al que es objeto de dictamen. Dice éste en su consideración segunda que, en la sentencia mencionada, no se hace fundamentación alguna sobre la vulneración de los derechos morales de los familiares, por la ausencia del consentimiento informado de la fallecida. Efectivamente, la sentencia no hace fundamentación alguna sobre la vulneración de los derechos morales de los familiares, por la ausencia del consentimiento informado de la fallecida (entiendo que el dictamen se refiere a la legitimación activa de éstos) porque tal cuestión no es controvertida., sino pacífica, aceptada por las partes, tanto en el procedimiento de instancia como, claro está, en el de casación. Recordemos a este respecto que las Administraciones Pùblicas aceptan, con carácter general, sin conflicto la legitimación activa de los herederos, en los supuestos de transmisión hereditaria de los derechos resarcitorios por vulneración de derechos morales

En contraposición al carácter casuístico de esta sentencia tengo que decir que no existe, o al menos yo no he sido capaz de encontrar, ninguna sentencia que, contemplando específicamente un supuesto de vulneración del consentimiento informado niegue la legitimación activa de los herederos para ejercitar la acción resarcitoria.

CONCLUSIÓN

Por todo ello, considero que el dictamen del que discrepo, tendría que haber aceptado la legitimación activa de los herederos para reclamar por los daños producidos por la infracción del deber de información por parte de la Administración, aunque fuese para concluir que tal infracción no se ha producido, estando por lo demás de acuerdo con la desestimación de la reclamación».

Madrid, 5 de marzo de 2013

