

Dictamen n.º: **142/20**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **19.05.20**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 19 de mayo de 2020, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. .... y D. ...., D. .... y Dña. ...., por la asistencia sanitaria prestada a su esposa y madre, Dña. ...., fallecida días después de la eventroplastia realizada por el Hospital Universitario del Sureste.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado el día 25 de julio de 2018 dirigido a la Consejería de Sanidad, los interesados antes citados, representados por abogado, formulan reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su familiar, días después de la eventroplastia realizada por el Hospital Universitario del Sureste (folios 1 a 15 del expediente administrativo).

Los reclamantes exponen que, en agosto de 2013, Dña. (...) comenzó a sufrir un fuerte y persistente dolor abdominal por lo que acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario del Sureste y

fue diagnosticada el día 28 de agosto de 2013 de una hernia incisional posterior a la histerectomía abdominal que se le había realizado anteriormente.

Dicen que la paciente fue intervenida, por laparoscopia, de una eventroplastia el día 19 de septiembre de 2013. Según refieren los reclamantes, después de la intervención, la paciente continuó con molestias que se asociaron a gases acumulados y que, según le explicaron, eran normales tras la intervención e irían remitiendo. Fue dada de alta hospitalaria el día 21 de septiembre de 2013. Sin embargo, al no solo persistir, sino ir en aumento los dolores, presentar vómitos y no poder realizar deposición desde el día 18 de septiembre, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario del Sureste, donde quedó ingresada.

Según el escrito de reclamación, el 24 de septiembre de 2013 se le realizó una ecografía abdominal en la que se diagnosticó fecaloma en ampolla rectal, atelectasias por hipoventilación en ambas bases pulmonares y pequeñas burbujas en pared abdominal. En la tarde de ese día presentó fiebre (37,9°C) y se le pautó antibioterapia empírica. Los dolores solo remitían con analgesia y, una vez pasados los efectos, volvían. Se le administró un enema que fue efectivo. Al día siguiente presentó febrícula por la tarde (37,2°C) y continuaban los dolores que solo se aliviaban con calmantes. El 26 de septiembre se le intentó suministrar dieta líquida para comprobar tolerancia, apareciendo náuseas y vómitos y administrándose medicación y el 27 de septiembre de 2013 presentaba molestias que le impedían dormir, deposiciones diarreicas e intolerancia de dieta líquida.

Al día siguiente, 28 de septiembre, a media noche se tuvo que avisar al facultativo de guardia, al encontrarse la paciente muy nerviosa, costarle respirar, no poder dormir y tener las piernas muy hinchadas. Solicitada interconsulta a Medicina Interna esta

diagnosticó sepsis de origen abdominal, coagulopatía en el contexto de sepsis, acidosis metabólica compensada secundaria e insuficiencia renal aguda prerrenal, pautándose tratamiento y siendo trasladada a la UCI, donde se decidió intervenir para extraer los líquidos acumulados y mejorar su situación. Ya en quirófano, se descubrió que el íleon se encontraba perforado a 30 cm de la válvula ileocecal y que existía además una peritonitis fecaloidea.

Refieren que la paciente continuó en el UCI, monitorizada y sedada, persistiendo la sepsis hasta el día 4 de octubre, cuando comenzaron a despertarla y la trasladaron a planta para que continuara allí su recuperación y que al día siguiente presentó dolor controlado y a las 7:20 horas refirió flemas que no conseguía expulsar, dándose aviso a las enfermeras. En ese momento se observó cianosis labial y entró en parada cardiorrespiratoria, iniciándose protocolo de reanimación cardiopulmonar que resultó infructuoso, certificándose el exitus a las 8:00 horas. Exponen que se les solicitó permiso para realizar la autopsia que, finalmente, denegaron al ser sábado y haberles informado que no podía realizarse hasta el lunes por la mañana, teniendo que permanecer la finada en cámara hasta ese momento.

Los reclamantes dicen que, al albergar la sospecha de que se hubiera producido mala praxis o error médico en la asistencia prestada a su familiar, solicitaron un informe de viabilidad a un especialista en Medicina Legal y Forense que concluyó que la perforación del asa intestinal se produjo, con toda probabilidad, por accidente quirúrgico en la eventroplastia realizada el día 19 de septiembre de 2013; que el consentimiento informado firmado por la paciente para la cirugía de eventración no informaba sobre el tipo de técnica que se iba a emplear: laparoscopia o laparotomía abierta, no se informaba de los riesgos específicos por las características personales

de la paciente ni el riesgo de perforación de asa intestinal y que, *“con toda probabilidad la parada cardio-respiratoria que lleva al fallecimiento de la paciente tiene su origen o gran participación en el deterioro orgánico sufrido por la paciente tras la perforación del asa intestinal, peritonitis, sepsis y fallo multiorgánico”*.

Los interesados exponen que con fecha de 3 de abril de 2014 interpusieron una querrela por imprudencia profesional con resultado de muerte contra el cirujano principal que intervino a la paciente y su ayudante primera; que en el marco de estas diligencias penales se emitió un informe médico forense por perito insaculado que dice que *“se produjo un claro retraso en el diagnóstico y tratamiento de la perforación intestinal originada en la primera intervención y un precipitado traslado de la paciente desde la UCI a la planta de hospitalización”* y, finalmente, que por Auto de 25 de mayo de 2018 de la Audiencia Provincial de Madrid, notificado el día 6 de junio siguiente, se acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Los reclamantes cuantifican el importe de la indemnización solicitada en 126.160,25 €, para el viudo; 10.515,34 € para el hijo mayor de 25 años; 21.026,7 € para el hijo mayor de edad y menor de 25 años y, finalmente, para la hija menor de edad, 52.566,76 €. Acompañan con su escrito escritura de poder general para pleitos otorgada a favor del representante firmante de la reclamación, informes médicos del Hospital Universitario del Sureste, documentos de consentimiento informado firmados por la paciente, el informe pericial emitido por un especialista en Medicina Legal y Forense, querrela criminal presentada contra los cirujanos que intervinieron a la paciente; informe médico forense emitido en las actuaciones penales por un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo, Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Arganda del Rey de 5 de junio de 2017 y Auto de 25 de mayo de 2018 de la Audiencia Provincial de Madrid, fotocopia del Libro de Familia, copia de la Declaración de la

Renta del ejercicio 2012 de la finada y de su cónyuge, hoy reclamante (folios 15 a 176).

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

La paciente, de 51 años de edad, con antecedentes personales de esófago de Barrett, diverticulosis colónica, hemorroides, obesidad y cefaleas e histerectomía subtotal y doble anexectomía en junio de 2012, el día 28 de agosto de 2013 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario del Sureste por dolor abdominal y metrorragia.

Se descartó patología ginecológica por el ginecólogo de guardia. Se realizó TAC en el que se objetivó como hallazgo más importante eventración en línea media infraumbilical con contenido de grasa mesentérica y asas de intestino delgado sin signos que sugirieran complicación en ese momento, por lo que, tras mejoría del cuadro clínico con analgésicos como tratamiento, se derivó a la paciente a la consulta de Cirugía General, al no observarse datos de sufrimiento radiológicos ni analíticos ni obstrucción intestinal. Según indica el informe de alta de Urgencias, *“parece que la hernia está crónicamente encarcerada pero sin más complicación en este momento”*, por lo que fue dada de alta con vigilancia domiciliaria y cita preferente en consultas de Cirugía General e indicación de volver a Urgencias en caso de ausencia de tránsito, vómitos, distensión abdominal o dolor intenso.

El día 2 de septiembre de 2013 la paciente fue vista por el Servicio de Cirugía que aconsejó intervención quirúrgica, firmando el documento de consentimiento informado para cirugía de eventración, ese mismo día. En el consentimiento informado se explicaba con la misma se pretendía reparar el defecto de la pared-abdominal, evitando su aumento progresivo y eliminando el riesgo de estrangulación. El documento advertía:

*“Se me va a reparar un defecto de la pared abdominal en una zona operada con anterioridad y a través de la cual salen una o varias vísceras abdominales cubiertas por la piel. La operación consiste en reparar el defecto reforzando la pared abdominal en la mayoría de los casos colocando un material protésico (malla). El médico me ha advertido que, en ocasiones, hay que realizar una resección de algún órgano abdominal afectado.*

*También sé que cabe la posibilidad que durante la cirugía haya que realizar modificaciones del procedimiento por los hallazgos intraoperatorios para proporcionarme el tratamiento más adecuado.*

*Comprendo que a pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización pueden presentarse efectos indeseables tanto los comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como otros específicos del procedimiento; poco graves y frecuentes: infección o sangrado de la herida quirúrgica que a veces conlleva la apertura de la herida, flebitis, dolor prolongado en la zona de la operación, o poco frecuentes y graves: obstrucción intestinal. En personas obesas o con problemas pulmonares pueden presentarse o agravarse enfermedades respiratorias. Rechazo de malla. Reproducción de la eventración. El médico me ha explicado que estas complicaciones habitualmente se resuelven con tratamiento médico (medicamentos, sueros, etc.) pero pueden llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, incluyendo un riesgo mínimo de mortalidad”.*

Con fecha 10 de septiembre de 2013 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario del Sureste por dolor abdominal, al no observarse complicación aguda y estar pendiente de intervención quirúrgica, fue dada de alta.

La intervención quirúrgica tuvo lugar el día 19 de septiembre de 2013, realizándose mediante abordaje laparoscópico, encontrándose una eventración de 6 cm de diámetro con un asa de intestino delgado y meso íntimamente adherido a saco herniario. Se realizó disección del saco y separación del asa adherida al mismo. Se reparó la pared con malla fijada con puntos en los cuatro puntos cardinales y doble corona de tackers reabsorbibles en la periferia de la malla. En la revisión que se hizo al terminar el procedimiento se comprobó que no había fuga en el asa liberada del saco herniario.

El primero día del postoperatorio, 20 de septiembre, la paciente estaba afebril, con dolor controlado, toleraba líquidos, no deposición. En la exploración física: abdomen doloroso de forma difusa, especialmente a nivel de tackers, sin signos de irritación peritoneal. Se progresó dieta y se retiraron sueros. Por lo que se indicó probable alta al día siguiente.

El 21 de septiembre de 2013 la paciente estaba afebril, con dolor controlado, toleraba dieta, mejoría del dolor. Abdomen blando y depresible, doloroso a nivel de tackers. Heridas bien. Los resultados de la analítica fueron: 11.500 leucocitos, neutrófilos: 87.5 %. PCR: 204.

La paciente fue dada de alta con indicación de acudir a Urgencias en caso de dolor intenso, sangrado por la herida o fiebre. Según las anotaciones de enfermería, la paciente ese día estaba afebril, normotensa y muy molesta por los gases.

Dos días después, el 23 de septiembre de 2013, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario del Sureste por dolor abdominal intenso y vómitos profusos sin tolerancia oral a líquidos ni sólidos más estreñimiento de 5 días de evolución. No refería fiebre ni sensación distérmica.

Valorada por Cirugía General y Digestivo se objetivó íleo paralítico por lo que quedó en ayunas y se pautaron procinéticos.

El 24 de septiembre de 2013 se realizó ecografía abdominal y CT abdominal sin contraste:

*“Colección de 5,3x3 cm con algunas pequeñas burbujas aéreas en su interior, localizada en el tejido celular subcutáneo, anterior a la malla, sugerente de seroma. De similar etiología se aprecia una colección laminar subyacente a la malla de 8x1,7 cm aproximadamente y pequeñas burbujas aéreas en su interior. Se aprecian unas pequeñas burbujas aéreas en el espesor de la pared abdominal, agrupadas en la región inferior izquierda. Disminución de la densidad hepática en relación con esteatosis. Aumento de densidad de la grasa mesentérica con nodularidad asociada en relación con paniculitis. Fecaloma en ampolla rectal. Atelectasias por hipoventilación en ambas bases pulmonares. Presenta pico febril por lo que se inicia pauta de tratamiento antibiótico empírico con Ceftriaxona”.*

Con el juicio clínico de seroma postquirúrgico, se acordó como plan el seguimiento evolutivo.

A última hora la paciente tuvo fiebre, pautándose antibioterapia empírica. Se puso enema que resultó efectivo.

Con fecha 25 de septiembre de 2013 la paciente estaba afebril, con buen patrón respiratorio, sin náuseas ni vómitos. Comenzó tolerancia con agua. Según la anotación realizada por el cirujano, se apreciaba *“disminución del dolor abdominal, abdomen blando y depresible (B y D), levemente doloroso en forma difusa, no signos de irritación peritoneal, heridas bien”*. Por la tarde presentó febrícula (37,3°C).



En la mañana del día 26 de septiembre la paciente estaba afebril y con el dolor controlado con la analgesia, toleraba líquidos claros, deposición más líquida. A la exploración el abdomen estaba blando y depresible, levemente doloroso a nivel de anillo herniario y corona proximal a este. Se pautó gastrografín y se cursó radiografía de abdomen para el día siguiente. Analítica sin leucocitosis con desviación a la izquierda. A primera hora de la tarde tuvo un vómito que achacaba a *“haberse tomado muy rápido gastrografín”*. Pasó la tarde con sensación constante de gases, dolor controlado y buena tolerancia a dieta líquida.

El 27 de septiembre de 2013 se realizó radiografía de abdomen con contraste. La paciente estaba afebril y con buena tolerancia a dieta, dolor controlado. Levantada y deambulaba por la unidad.

El día 28 de septiembre de 2013, a las 5 de la mañana avisó porque le costaba respirar, seguía nerviosa y no había dormido. Estaba taquipneica y con saturación al 95%, por lo que se administró O<sub>2</sub> a 2l. A las 7 de la mañana presentó importante disnea, aunque mantenía la saturación al 97%. Fue valorada por el cirujano de guardia y por Medicina Interna. No presentaba dolor abdominal, ni dolor precordial. Edemas maleolares. Sin focalidad neurológica. Tras la realización de diversas pruebas, se alcanzó el juicio clínico de sepsis de origen abdominal más probable, coagulopatía en el contexto de la sepsis, acidosis metabólica compensada secundaria e insuficiencia renal aguda prerrenal. Se comentó el caso con la UCI que valoró a la paciente, acordándose como plan la hidratación para reevaluación en unas horas con análisis en espera de ver la evolución de la función renal para realizar TAC con contraste iv. Fue trasladada a la UCI a las 16 horas, donde se realizó profilaxis de nefropatía con contrastes y después un nuevo TAC abdominal que informó: aumento de tamaño de la colección situada en pared abdominal anterior, en el tejido celular

subcutáneo, que presenta ligero realce de la pared, sugestiva de seroma sobreinfectado en el contexto clínico de la paciente. Colección subyacente a malla de tamaño similar. Pequeña cantidad de líquido libre abdominal no existente en TAC anterior.

Debido al deterioro clínico de la paciente se decidió laparotomía exploradora inmediata, objetivándose la presencia de muy abundante líquido fecal en el abdomen secundario a una perforación de íleon a unos 30 cm. de la válvula ileocecal, por lo que se realizó resección de unos 15 cm. de íleon con anastomosis de intestino, lavado de cavidad y retirada de la malla colocada en la cirugía previa.

El postoperatorio transcurrió en la Unidad de Cuidados Intensivos, donde se realizó profilaxis de TVP con medios físicos (medias) ante la coagulopatía inicial, y fue extubada el día 2 de octubre de 2013.

El 4 de octubre de 2013 la paciente fue dada de alta de la UCI y se trasladó a planta. El cirujano de guardia fue avisado por deposiciones no copiosas sin repercusión en constantes. Se solicitó analítica para el día siguiente. Dolor controlado según las notas de enfermería.

El día 5 de octubre de 2013 a las 7:20 horas, según las anotaciones de enfermería en la historia clínica, la paciente refirió flemas que no conseguía expulsar e intentaba toser. Al ir a ponerle los aerosoles, observó cianosis labial y falta de respuesta a estímulos, por lo que se comenzó el protocolo de reanimación cardiopulmonar por parada cardiorrespiratoria, se avisó a intensivista y cirujana, quienes administraron adrenalina e intubaron, y tras 40 minutos de reanimación cardiopulmonar avanzada incluida intubación, drogas vasoactivas y masaje cardíaco sin conseguir reanimarla, certificándose el fallecimiento a las 8 horas del día 5 de octubre de 2013.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente un informe del jefe de Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario del Sureste, sin fechar (folios 258 a 264) que describe la asistencia sanitaria prestada a la paciente y concluye:

*“Durante la primera intervención no se señala ninguna particularidad que requiera una conversión de la técnica de abordaje elegida (conversión a laparotomía), además se especifica que se comprueba el asa intestinal liberada al terminar el procedimiento sin encontrar datos de fuga.*

*Como señala la literatura y las guías, existe la probabilidad de tener una perforación tardía, ocurrida por una lesión térmica en la disección. El tratamiento es quirúrgico, tratamiento realizado en el momento de deterioro clínico de la paciente.*

*A pesar de una resolución quirúrgica adecuada existen otras complicaciones secundarias a la sepsis que son tratadas habitualmente en las Unidades de Cuidados Intensivos. Una vez resuelta la sepsis o cuando la situación clínica del paciente es lo suficientemente segura, se traslada al paciente a la planta para continuar con la recuperación necesaria, sin embargo, existen contratiempos que pueden hacer que la recuperación no sea la esperada, y en ocasiones no son suficientes las medidas tomadas para solucionarlas.*

*Lamentablemente, todo proceso quirúrgico puede presentar complicaciones que en ocasiones terminan en fallecimiento. Estas complicaciones son más probables en cirugías mayores y se pueden agravar en pacientes con factores de riesgo como son la obesidad entre otras enfermedades”.*

Se ha incorporado al procedimiento el informe la Inspección Sanitaria de fecha 21 de marzo de 2019 (folios 273 a 283) que analiza la asistencia sanitaria prestada a la paciente y concluye que esta ha sido adecuada.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia. Con fecha 6 de agosto de 2019 los reclamantes presentan escrito de alegaciones en las que manifiesta su disconformidad con el informe del Servicio de Cirugía General y Digestiva al considerar que la resección a la que hace referencia el documento de consentimiento informado no es el mismo concepto que el término “resecar” al que hace referencia el informe al señalar que *“existe la posibilidad de tener que resecar algún órgano, es decir, que existe el riesgo de perforación intestinal, entre otros”*. Asimismo, en relación con el informe de la Inspección Sanitaria, dice que *“se actuó con retraso sin anticiparse a las posibles y gravísimas consecuencias de la intervención inicial necesitando de 6 días para realizar una operación de urgencia con el fin de tratar de paliar la gravísima infección multiorgánica que se había producido como consecuencia de la operación”*. También dice que el informe del médico inspector incide *“en el error continuo cuando se da el alta a la paciente en la UCI y se le traslada a planta, para fallecer en menos de 12 horas desde dicho traslado, confirmando la falta absoluta de control que existía en el diagnóstico y la mala praxis continuada que ha existido en el tratamiento de su caso clínico”*.

Se ha formulado propuesta de resolución por el viceconsejero de Sanidad (folios 290 a 293) con fecha 17 de diciembre de 2019 desestimatoria de la reclamación al considerar que no se ha demostrado la existencia de mala praxis ni su nexo causal con el daño reclamado.

**CUARTO.-** Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 21 de febrero de 2020, se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 115/20, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 19 de mayo de 2020.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 € por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

Se advierte que el presente procedimiento quedó suspendido en virtud de la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado por el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo.

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

A la hora de analizar la legitimación activa, es preciso tener en cuenta que en la reclamación se diferencian dos reproches distintos.

Por un lado, se reclama genéricamente por el fallecimiento de su esposa y madre por una mala praxis médica en la intervención de eventroplastia al haberse producido una perforación. En este aspecto, los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP, en cuanto que son familiares de la persona que recibió la asistencia sanitaria que consideran incorrecta (como acredita la fotocopia del Libro de Familia aportada) y cuyo fallecimiento le ocasionó un indudable daño moral.

Además, se reprocha a la Administración sanitaria defectos en el consentimiento informado firmado por la paciente el día 2 de septiembre de 2013.

Respecto a la legitimación para instar el resarcimiento de los daños producidos por defectos del consentimiento informado, esta Comisión ya ha indicado, entre otros, en los dictámenes 46/16, de 28 de abril, 166/16, de 9 de junio, y 141/18, de 22 de marzo, siguiendo la doctrina sentada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (dictámenes 61/13, de 27 de febrero, 96/14, de 5 de marzo, 178/14 y 38/15, por ejemplo) que el perjuicio derivado de una posible irregularidad en este ámbito constituye un daño moral que, como tal, tiene carácter personalísimo y, por tanto, intransmisible a los herederos, de tal forma que solo el paciente puede reclamar por la vulneración de su autonomía.

Según el citado Dictamen 38/15 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid la indemnización que a una persona le pudiera corresponder por los daños que el funcionamiento (normal o anormal) de un servicio público le hubiera causado viene a ser un derecho de crédito, pero sólo a favor de esa persona. Este derecho de crédito, aunque tenga contenido patrimonial, es de carácter personalísimo, no es transmisible y, por tanto, se extingue con la muerte de la persona dañada que no formuló reclamación. El Consejo sostenía esta postura al margen de la distinción entre daños morales, por un lado, y daños físicos o materiales, por otro, porque los daños de cualquier clase inferidos a una persona difunta no pueden ser el sustento de una reclamación planteada por sus herederos.

En el caso de la falta de consentimiento informado, que se trata de un daño personalísimo se deduce del artículo 5.1 de 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, según el cual el titular del derecho a la información es el propio paciente. Este mismo carácter de daño moral predicable del perjuicio derivado de la privación de la posibilidad de decidir de forma voluntaria y consciente su sometimiento a una intervención quirúrgica ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así, en la STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que en los referidos casos se inflige *“(...) 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 que la privación de la posibilidad de decidir de forma voluntaria y consciente su sometimiento a una intervención quirúrgica es una vulneración de la integridad física y moral del paciente. Y, precisamente, por tratarse de un daño infligido al paciente, no cabe que los familiares lo reclamen ya que carecen de legitimación activa para ello.

Esta es la postura que viene manteniendo esta Comisión sin que se ignore que ha habido pronunciamientos judiciales que han variado tal criterio al respecto. Sin embargo, este cambio de criterio parece venir sustentado no en el convencimiento alcanzado tras una fundamentación jurídica razonada sino más bien basada en dos sentencias del Tribunal Supremo (STS de 13 de septiembre de 2012, - recurso de casación nº 2019/2009- y STS de 26 de marzo de 2012 – recurso de casación nº 3531/2010-). No obstante, es de hacer notar que tales pronunciamientos no constituyen jurisprudencia consolidada puesto que la primera de estas sentencias del Alto Tribunal, de la jurisdicción civil, resuelve un caso totalmente distinto no extrapolable al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.



La otra sentencia del Tribunal citada sí se refiere a una paciente que falleció sin haber prestado su consentimiento a la intervención de cesárea que le iban a practicar y en la cual, sin entrar a motivar el cambio de criterio, ni establecer un criterio que fundamente o argumente un razonamiento de generalidad en estos casos, se limita a reconocer legitimación activa a los familiares para reclamar ese daño personalísimo.

Por ello, mantenemos la falta de legitimación activa de los reclamantes para reclamar por el daño personalísimo derivado de defectos del consentimiento informado.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al prestarse el servicio sanitario por el Hospital Universitario del Sureste, centro integrado en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, fallecido la paciente el día 5 de octubre de 2013, la reclamación se presenta el día 25 de julio de 2018, si bien consta en el procedimiento que los reclamantes interpusieron una querella contra los dos cirujanos que intervinieron a la paciente por un delito de imprudencia profesional con resultado de muerte, que dio lugar a la incoación de unas diligencias previas 969/2014, a las que debemos reconocer eficacia interruptiva de la prescripción, como hemos reconocido en otras ocasiones (así en los supuestos de los dictámenes 30/17, de 26 de enero y 264/17, de 29 de junio) haciéndonos eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que

admite la interrupción del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos de existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, en aplicación del principio de *actio nata* –conforme al cual la acción solo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-, de tal suerte que la pendency de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 67.1 de la LPAC. En el presente caso las actuaciones penales concluyeron con el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de mayo de 2018, por lo que no cabe duda de que la reclamación presentada el día 25 de julio de 2018 está formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 LPAC, esto es, al Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital Universitario del Sureste. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha unido al procedimiento la historia clínica.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y documentos, se ha dado audiencia a los reclamantes, que han efectuado alegaciones.

Posteriormente, se ha dictado propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar no acreditada la existencia de mala praxis ni concurrir la antijuridicidad del daño.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras,*

*de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)*”.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

**CUARTA.-** En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *“lex artis”* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal, por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de

casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010 ) que *«no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente»,* por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

**QUINTA.-** Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado el fallecimiento 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).

Probada la realidad del daño, resulta necesario examinar si existe relación de causalidad entre este y la asistencia sanitaria prestada por el Hospital Universitario del Sureste.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el presente caso, los reclamantes han aportado un informe pericial, que también presentaron en las actuaciones penales, en el que se afirma que la perforación del asa intestinal se produjo, con toda probabilidad, por accidente quirúrgico en la intervención de 19 de septiembre de 2013; que la perforación del asa intestinal en eventroplastia laparoscópica es un accidente quirúrgico que debe ser previsto y evitable, suponiendo un fallo de técnica quirúrgica tanto en su producción como en no darse cuenta de que se ha producido (con una sutura y reparación inmediata) y que, *“con toda probabilidad la parada cardio-respiratoria que lleva al fallecimiento tiene su origen o gran participación en el deterioro orgánico sufrido por la paciente tras la perforación del asa intestinal, peritonitis, sepsis y fallo multiorgánico”*.

Del estudio del expediente se deriva, en primer lugar, que la eventroplastia fue correctamente indicada. Así resulta Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de mayo de 2018 que concluyó que la elección e indicación de la cirugía y de la técnica empleada, laparoscopia, para llevar a cabo la eventroplastia fueron correctas, lo que no resulta contradicho por el informe del perito insaculado, no siendo exigible la reconversión en cirugía abierta.

Frente a lo afirmado por el informe pericial de parte sobre el hecho de que la perforación fuera causada en la intervención, tanto el informe del Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario del Sureste como el informe de la Inspección Sanitaria realizan un estudio sobre las perforaciones en acto quirúrgico (enterotomías) y distingue entre las que se reconocen en el mismo acto y se reparan en ese momento; las reconocidas en el postoperatorio inmediato (que se ponen de manifiesto ante la aparición de sepsis en las primeras 24) y las tardías, que ocurren por lesión térmica en la disección, no se ven durante el acto quirúrgico y evolucionan progresando a la perforación, se presentan en los primeros 5 días del postoperatorio, tienen una incidencia del 1,9% y una tasa de mortalidad asociada del 7,7%.

Queda constancia en la historia clínica que, tras la intervención del día 19 de septiembre de 2013, se efectuó control de hemostasia y se comprobó que no había fuga en el asa adherida al saco herniario (folio 221), por lo que se procedió al cierre de la incisión.

En el presente caso, se trata de una enterotomía tardía pues, como resulta de la historia clínica, no se iniciaron los síntomas hasta cuatro días después de la intervención y dos días después de haber sido la paciente dada de alta.

Si bien es cierto que el informe médico emitido por un perito insaculado en la Diligencias Previas concluyó que *“se produjo un claro retraso en el diagnóstico y tratamiento de la perforación intestinal originada en la primera intervención y un precipitado traslado de la paciente desde la UCI a la planta de hospitalización”*, debe tenerse en cuenta en este punto lo declarado por el Auto de 25 de mayo de 2018 de la Audiencia Provincial de Madrid, que tiene en cuenta la declaración testifical de la jefe del Servicio de Cuidados Intensivos que manifestó que la sintomatología grave que provocó la segunda intervención se produjo el día 28 de septiembre y que durante el tiempo que estuvo en la UCI se estabilizó la sepsis abdominal provocada por la perforación; que cuando ingresó tenía un fallo multiorgánico; respiratorio y renal; *“que la paciente no falleció por sepsis ya que esta no existía cuando falleció”* y añadió, según resulta del Auto de 25 de mayo de 2018 que *“la causa más probable del fallecimiento fue el tromboembolismo pulmonar y que existían factores de riesgo: cirugía, encamamiento, obesidad de la paciente, un cúmulo de factores que aumenta la probabilidad”*.

En relación con el momento de aparición de la enterotomía, el Auto de la Audiencia Provincial de 25 de mayo de 2018, *“no ha sido posible determinar cuándo se produjo la perforación intestinal y si la misma fue la causa del fallecimiento”*, en este sentido los testigos declararon que *“la perforación debió producirse como un supuesto excepcional, que constituyen un 4% de los casos, de forma diferido por una quemadura del instrumental empleado durante la primera intervención poco tiempo antes de la segunda intervención que tuvo lugar el día 28 de septiembre o incluso en la misma pues, no es posible que una persona aguante con una perforación intestinal mucho tiempo, especialmente, si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde el reingreso -23 de septiembre- hasta el fallecimiento”*.



Por tanto, debe concluirse que la asistencia prestada a la reclamante por el Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario del Sureste fue correcta y ajustada a la *lex artis*, como concluye el médico inspector en su informe.

Conclusión a la que debemos atenernos dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 13 de septiembre de 2018 (recurso nº 309/2016):

*“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.*

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación presentada al no quedar acreditada la existencia de mala praxis ni concurrir la antijuridicidad del daño.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 19 de mayo de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 142/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid