

Dictamen nº: **430/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.10.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 6 de octubre 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 un abogado, en nombre y representación de D. y Dña., D. y D., por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su esposa y madre, Dña., que atribuyen a la asistencia sanitaria dispensada por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, en el tratamiento de una enfermedad respiratoria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el día 11 de diciembre de 2018 dirigido al Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), un abogado, en nombre y representación de las personas citadas en el encabezamiento, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de la esposa y madre de los interesados que atribuyen a la asistencia sanitaria prestada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

Según el escrito de reclamación, su familiar, con antecedentes clínicos de hipertensión arterial tratada con betabloqueantes, padecía enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) de fenotipo enfisema con insuficiencia respiratoria. En base a esa patología y el cuadro clínico que padecía la paciente, los neumólogos del Hospital Severo Ochoa derivaron a su madre y esposa al Hospital General Universitario Gregorio Marañón para valorar el tratamiento broncoscópico del enfisema mediante la colocación de coils (pequeños muelles que se insertan en los pulmones con el objetivo de mantener las vías respiratorias abiertas reduciendo el atrapamiento de aire, comprimiendo las zonas afectadas del pulmón mejorando la elasticidad y favoreciendo la permeabilidad de las vías respiratorias).

Los reclamantes refieren que en ese último centro hospitalario citado se ratificó la indicación del tratamiento y se realizó el estudio preoperatorio de la paciente y se programaron las cirugías, una por cada pulmón. El escrito de reclamación reprocha en este punto que no se recibiera una información precisa y concreta sobre el acto médico al que se iba a someter la paciente y que todas las referencias fueron positivas: era una técnica muy sencilla, mínimamente invasiva y que mejoraría la calidad de vida de la paciente, pero nada respecto a los riesgos del acto médico.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, los familiares de la paciente señalan que el 4 de diciembre de 2017, la paciente ingresó en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón “*para reducción de volumen por FBC (Fibrobroncoscopia)*”, colocándose 8 coils en el lóbulo superior derecho, sin incidencias y que recibió el alta el 7 de diciembre, con cita de revisión el 15 de enero de 2018, cuando ante la evolución favorable se decidió llevar a cabo la intervención en el pulmón izquierdo.

Los reclamantes refieren que el 24 de enero de 2018, su familiar ingresó de forma programada en el mismo hospital para la colocación de coils en el lóbulo superior izquierdo y que en esta segunda ocasión, se había predeterminado insertar también 8 coils, sin embargo, se colocaron sólo 7 porque uno tuvo que ser retirado al no haber quedado bien situado. Añaden que durante el postoperatorio se realizó una radiografía de tórax, “*observándose la colocación de coils en LSI (lóbulo superior izquierdo), se acompañan de opacidades mal definidas en LSI, probablemente correspondan a focos contusivos, hemorragia alveolar o infeccioso, recomendándose valorar clínica y evolutivamente. Resolución de opacidad mal definida en región periférica en campo medio de hemitórax derecho*”, por lo que, al alta, el 26 de enero, se pautó antibiótico y prescripción descendente de corticoides, con revisión en un mes con PFR (Pruebas funcionales respiratorias) y radiografía de control.

El escrito de reclamación refiere que el 31 de enero de 2018, se citó a la paciente en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón para la realización de una plestimografía y espirometría. Señala que al terminar las citadas pruebas y pese a que no estaba programado hasta más adelante, los facultativos decidieron hacer el test de esfuerzo, tan sólo 4 días después de la intervención. Significa que la paciente tampoco recibió información precisa acerca de las pruebas a las que sometió, pese a que éstas, entre otras cosas, pueden causar tos, uno de los desencadenantes de hemorragias en pacientes como su familiar y que durante el desarrollo de la citada prueba, su familiar presentó una hemoptosis masiva que condujo a una parada cardiorrespiratoria y al fallecimiento ese mismo día.

Por lo expuesto, el escrito de reclamación concluye que la esposa y madre de los reclamantes, se sometió a un tratamiento médico invasivo sin ser consciente los riesgos a los que se exponía y que, si bien la

colocación de los coils en el pulmón derecho fue un éxito y la paciente presentó una importante mejoría, lo cierto es que en el árbol bronquial izquierdo no fue así, presentándose complicaciones: se tuvo que retirar uno de los 8 coils y se evidenciaron pequeñas lesiones en el lóbulo superior izquierdo en la radiografía de tórax postoperatoria. Por ello consideran que se debieron ponderar cuidadosamente las circunstancias descritas antes de someter a su familiar a un test de esfuerzo por el riesgo de hemorragia tras tratamiento endoscópico, máxime en una paciente que antes de recibir el alta mostraba focos contusivos o hemorragias en el lóbulo superior izquierdo.

En virtud de todo lo dicho, se acaba solicitando una indemnización de 178.260 euros, desglosados en 118.260 euros para el esposo y 60.000 euros para los hijos.

El escrito de reclamación se acompaña con el poder general para pleitos otorgado a favor del abogado firmante del escrito de reclamación, con documentación médica relativa a la paciente fallecida, el certificado de defunción y copia del libro de familia (folios 1 a 56 del expediente).

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

La madre y esposa de los reclamantes, de 74 años de edad en la fecha de los hechos, el 8 de septiembre de 2017 fue derivada del Servicio de Neumología del Hospital Universitario Severo Ochoa, donde venía siendo tratada, al Hospital General Universitario Gregorio Marañón. En el informe de derivación se hizo constar como antecedentes que la paciente presentaba EPOC grave tipo enfisematoso de larga evolución con insuficiencia respiratoria crónica en tratamiento con O² domiciliario desde 2011. Con ese diagnóstico fue derivada para broncoscopia intervencionista.

La paciente fue vista en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón los días 9 y 10 de septiembre decidiéndose reducción de volumen por broncoscopia.

Con fecha 20 de octubre de 2017 la paciente firmó el documento de consentimiento informado para ergometría neumológica y prueba de marcha de 6 minutos. En este documento se describe en que consiste el procedimiento, los problemas que pueden surgir con su realización, como la desaturación (reducción del contenido de oxígeno), broncoespasmo, hipertensión arterial o problemas cardiacos y que excepcionalmente (5 de cada 10.000 pruebas) se pueden producir ataques cardiacos. Además, indica cuando está contraindicada la prueba y que aumenta el riesgo de complicaciones si se padecen enfermedades cardiacas y que si el paciente es asmático la prueba puede desencadenar broncoespasmo leve o moderado

El 3 de noviembre de 2017 la madre y esposa de los reclamantes firmó el documento de consentimiento informado para terapia endobronquial por vía endoscópica. En ese documento se describe el procedimiento, los riesgos entre los que se incluye que en aproximadamente 5 de cada 100 casos pueden presentarse importantes complicaciones como insuficiencia respiratoria grave o hemorragias importantes y en aproximadamente 1 cada 1000 casos en general relacionada con la gravedad previa, puede ocurrir el fallecimiento como consecuencia de la intervención. También se describen riesgos personalizados indicándose que aumenta el riesgo de muerte que el origen del problema sea un tumor maligno (mortalidad de hasta un 5%), las enfermedades coronarias activas, y las enfermedades que produzcan insuficiencia importante de la respiración, corazón, riñón e hígado.

El 10 de noviembre de 2017 la paciente fue valorada por el Servicio de Anestesiología, que calificó a la madre y esposa de la reclamante

como riesgo ASA III (enfermedad sistémica que provoca alteración funcional) y como paciente de alto riesgo por su patología de base.

La familiar de la reclamante ingresó programadamente en el Servicio de Neumología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón el día 4 de diciembre de 2017 para reducción de volumen por fibrobroncoscopia. Se realizó la colocación de coils (3 en segmento apical, 3 segmento anterior y 2 en segmento posterior) y la intervención transcurrió sin incidencias.

El 5 de diciembre de 2017 se realizó RX de tórax, apreciándose: *“Extensos cambios enfisematosos. Múltiples coils metálicos proyectados sobre campo superior del hemitórax derecho, asociando al menos dos de ellos una tenue opacidad circundante compatible con pequeños focos infecciosos o contusivos, a valorar clínicamente. Mínimo derrame pleural derecho y pinzamiento del seno costodiafragmático izquierdo”*.

Tras una evolución favorable, sin presentar complicaciones, se decidió el alta el 7 de septiembre con pauta antibiótica.

En la revisión de 15 de enero de 2018 se anotó que, a pesar del proceso catarral pasado, la paciente presentaba buen estado general, por lo que se dejó programada segunda sesión de reducción de volumen para el 25 de enero. Se insistió en aumentar la deambulación y se indicó que, en caso de empeoramiento clínico, se hiciera saber para postponer el procedimiento.

La madre y esposa de los reclamantes ingresó nuevamente el 24 de enero de 2018, para recibir segunda sesión de reducción de volumen por fibrobroncoscopia en el lóbulo superior izquierdo. En el protocolo de la intervención figura que se colocaron 8 coils en segmentos apicoposterior y anterior nº 1 y que un coil se colocó quedando muy proximal en subsegmentario más apical, por lo que se decidió retirar,

quedando finalmente 7 coils bien situados. Consta que la intervención transcurrió sin incidencias.

En la Rx de tórax realizada el 25 de enero de 2018 se hizo comparación con estudio del 5 de diciembre de 2017, observándose la colocación de nuevos coils en lóbulo superior izquierdo que se acompañaban de opacidades mal definidas en dicho lóbulo que probablemente pudieran corresponder a focos contusivos, hemorragia alveolar o infeccioso, recomendándose valorar clínica y evolutivamente. Resolución de la opacidad mal definida en región periférica en campo medio del hemitórax derecho y el resto sin cambios significativos.

En el evolutivo durante el ingreso consta que la paciente estuvo afebril en todo momento con buen estado general y que en la radiografía de tórax de control se objetivaron opacidades asociadas a coils sin focos consolidativos, no obstante, se decidió dejar pauta antibiótica y pauta descendente de corticoides para domicilio, con revisión en consulta en el plazo de un mes con PFR (pletismografía, espirometría y test de la marcha) y radiografía de control. Recibió el alta hospitalaria el 26 de enero.

La madre y esposa de los reclamantes acudió el día 31 de enero de 2018 para realizar las pruebas de función respiratoria pautadas. El neumólogo anotó la realización de “*espiro + dlco + pletismografía sin incidencias*”. Se inició test de marcha tras 20 minutos de descanso con O₂ a 3 lpm por cánula nasal con SpO₂ (3lpm) 94%. Durante el test de marcha la paciente detuvo la prueba a los 4 minutos por disnea por lo que se suspendió la referida prueba y procedió a sentarse. Pasados un par de minutos, comenzó con hemoptisis masiva por lo que se avisó a la UVI. Se iniciaron medidas de control, pero sucedió una parada cardiorrespiratoria por lo que se iniciaron inmediatamente maniobras de resucitación cardiopulmonar avanzada e intubación orotraqueal, administración de medicación, canalización de vía central, aspiración de

restos hemáticos en la vía aérea y una vez estabilizada, se traslada al quirófano de Urgencias para continuar con las medidas de control de la hemoptisis y estabilización. En la intervención se apreciaron abundantes restos hemáticos en todo el árbol bronquial proveniente del lóbulo superior izquierdo (segmento posterior) que se aspiraron.

Se habló con la familia y se explicó la situación de gravedad por hemoptisis masiva tardía (una semana) tras colocación de coils en lóbulo superior izquierdo. La paciente pasó a la UVI.

La madre y esposa de los reclamantes evolucionó de forma pésima sin responder al tratamiento instaurado, falleciendo el 31 de enero de 2018 en disfunción multiorgánica con shock de origen mixto.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Consta en el procedimiento la historia clínica de la madre y esposa de los reclamantes del Hospital General Universitario Gregorio Marañón y del Hospital Universitario Severo Ochoa (folios 60 a 160 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente un informe, de fecha 6 de febrero de 2018, firmado por el adjunto de Neumología, responsable de la Sección de Función Pulmonar y Broncoscopias del referido centro hospitalario, en el que manifiesta que la paciente presentaba un EPOC tipo enfisema severo, avanzado, con un muy importante deterioro en la calidad de vida y con una elevada tasa de mortalidad en relación con la propia enfermedad, por lo que se planteó realizar una intervención que perseguía aumentar su calidad de vida y mejorar a la paciente (reducción de volumen). Añade que la madre y esposa de los

reclamantes recibió información en varias visitas, acompañada de sus familiares, respecto al procedimiento, sus expectativas y sus riesgos y se requirió consentimiento informado en cada procedimiento en el que se cita explícitamente la posibilidad de fallecimiento y el aumento del riesgo de este en el caso de la insuficiencia respiratoria.

El informe también expone que la paciente presentó al alta tanto en la primera como en la segunda intervención opacidades radiológicas mal definidas, que pueden desaparecer sin tratamiento, pero que por seguridad en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón se tratan siempre con corticoides y antibióticos. Tras el primer procedimiento (lado derecho) se hizo así y en la radiografía del segundo procedimiento se comprobó la desaparición de las mismas. En el segundo procedimiento (lado izquierdo) se obró de igual forma y la paciente fue dada de alta en situación estable.

El informe explica que el 31 de enero había pasado seis días del procedimiento y que durante el mismo no se produjo ningún sangrado endobronquial ni hemorragia alguna. Por último, aclara que el test de la marcha de 6 minutos consiste en caminar, dentro de las capacidades de la paciente, durante 6 minutos, midiéndose la distancia recorrida y que desde el primer momento de la realización del procedimiento de reducción de volumen en enfisema se anima a los pacientes a caminar (uno de los objetivos del procedimiento es mejorar su capacidad de ejercicio) y en la visita del 15 de enero a la propia paciente se le animó a aumentar la deambulaci3n. La hemoptisis masiva no est3 considerada un riesgo inherente al test de la marcha de 6 minutos y que no existía indicio alguno en la situaci3n de la paciente que contraindicara caminar durante 6 minutos.

Asimismo, obra en el expediente el informe de la Inspecci3n Sanitaria, en el que, tras analizar la historia clínica de la paciente fallecida, el informe emitido en el curso del procedimiento y realizar las

oportunas consideraciones médicas y juicio crítico sobre la asistencia dispensada, considera que *“la complicación surgida, aunque muy grave, es inusual en estos procedimientos aunque está contemplada en el documento informativo sobre las terapias por broncoendoscopia”* y que la paciente fue atendida sin dilación habiéndose aplicado todos los medios disponibles en el hospital para su tratamiento. Así, concluye que, *“no puede afirmarse que la asistencia otorgada deba ser catalogada como de mala práctica médica”*.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se confirió el oportuno trámite de audiencia a los reclamantes.

El 7 de octubre de 2019 el representante de los reclamantes solicitó la incorporación de determinados documentos que señalaba no obraban en el expediente examinado.

Consta que tras la anexión al expediente de los documentos solicitados se confirió un nuevo trámite de audiencia a los interesados sin que figure en el procedimiento la formulación de alegaciones.

Con fecha 24 de agosto de 2020 se formula propuesta de resolución por la que desestima la reclamación al considerar que no concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 15 de septiembre de 2020 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo.

Ha correspondido la solicitud de dictamen, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 425/20, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y

aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 6 de octubre de 2020.

El escrito solicitando el dictamen receptivo fue acompañado de la documentación, que se consideró 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 quince mil euros y 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).

SEGUNDA. - La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia del interesado, según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC según establece su artículo 1.1.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), al sufrir el daño moral causado por el fallecimiento de su familiar. Se ha acreditado debidamente en el procedimiento la relación de parentesco

que liga a los reclamantes con la paciente fallecida mediante copia del libro de familia, así como la representación que ostenta el firmante del escrito de reclamación con la aportación al expediente de la correspondiente escritura de poder.

Sin embargo, los reclamantes carecen de legitimación para reclamar por la supuesta falta de información a la paciente, como ya sostuvimos en nuestros dictámenes 46/16, de 28 de abril; 166/16, de 9 de junio; 507/16, de 10 de noviembre; 141/18, de 22 de marzo, 200/18, de 3 de mayo o 145/19, de 11 de abril, entre otros, al considerarlo como daño moral personalísimo (como 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, y de la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional) y, por tanto, intransmisibile a los herederos, de tal forma que solo el paciente puede reclamar por la vulneración de su autonomía.

No se ignora que ha habido pronunciamientos judiciales que han variado tal criterio al respecto. En la medida en que 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, de distinta jurisdicción (STS de 13 de septiembre de 2012, -rec: 2019/2009- y STS de 26 de marzo de 2012 -rec: 3531/2010-) que no constituyen jurisprudencia consolidada ni argumentan un razonamiento de generalidad en estos casos, mantenemos la falta de legitimación activa de los interesados para reclamar por el daño personalísimo derivado de la falta de información a la paciente.

En cualquier caso, la alegación de falta de información resulta desmentida por la documentación que obra en el expediente de la que

resulta acreditado que la paciente fallecida fue debidamente informada tanto de la intervención realizada como de la prueba a la que se iba someter tras ella, firmando al efecto los correspondientes documentos de consentimiento informado.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por los servicios médicos del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, centro sanitario público de su red asistencial.

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 prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso, en el que se reclama por el fallecimiento de la esposa y madre de los reclamantes, lo que aconteció el 31 de enero de 2018, dicha fecha constituye el *dies a quo*, por lo que cabe reputar formulada en plazo la reclamación presentada el 11 de diciembre de 2018.

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 81.1 LPAC, esto es, del Servicio de Neumología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica la paciente fallecida. Tras la instrucción del procedimiento se confirió trámite de audiencia a los

interesados. Por último, se ha formulado la oportuna propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 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. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

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 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el artículo 32 de la LRJSP:

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”*.

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 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), en la responsabilidad patrimonial derivada de la

actuación médica o sanitaria, *«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”».*

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas”* constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado *“que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

Ciertamente ya hemos adelantado la existencia del daño moral de los reclamantes por el solo hecho del fallecimiento de su familiar, *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de

2004 –recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999-) y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 –recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 –recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995–recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica.

La existencia de un daño, sin embargo, como ya hemos visto, no es suficiente para declarar la existencia de responsabilidad, por lo que ha de analizarse si concurren los demás requisitos necesarios para apreciarla.

Los reclamantes, dejando al margen la cuestión relativa a la falta de información respecto a la que ya hemos indicado que carecen de legitimación activa, denuncian que la segunda intervención a la que se sometió su familiar presentó complicaciones, ya que de los 8 coils que estaba programado insertar solo pudieron colocar 7 y además se evidenciaron pequeñas lesiones en el lóbulo superior izquierdo, circunstancias que, entienden los reclamantes, debieron ponderarse antes de someter a su familiar a un test de esfuerzo por el riesgo de hemorragia.

Para determinar la supuesta infracción de la *lex artis* debemos partir de la regla general de 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 4 de mayo de 2018 (rec. núm. 532/2016), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Además, hemos de tener presente, como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 12 de noviembre de 2018 (recurso 309/2017) que “*las alegaciones sobre negligencia médica*

deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”.

En el caso examinado, los informes médicos que obran en el expediente, que no han sido contradichos por los interesados mediante la aportación de prueba alguna, desmienten los reproches de los reclamantes y consideran que la actuación de los servicios sanitarios implicados fue conforme a la *lex artis*. En particular, la Inspección Sanitaria, a cuyos informes otorgamos especial relevancia por su objetividad, imparcialidad y profesionalidad, reconocido por la jurisprudencia (así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de septiembre de 2018 (recurso nº 309/2016), entre otras muchas) ha informado en el procedimiento que la atención dispensada a la paciente fallecida en los procedimientos terapéuticos adoptados fue conforme a la *lex artis*.

En primer lugar, cabe destacar que los informes médicos que obran en el expediente coinciden en indicar que la técnica broncoscópica de tratamiento de la patología respiratoria que afectaba a la madre y esposa de los reclamantes estaba indicada en el caso de la paciente fallecida, afectada por EPOC grave tipo enfisema severo avanzado que, en palabras del Servicio de Neumología del centro hospitalario implicado en el proceso asistencial de la familiar de los interesados, presentaba un muy importante deterioro en la calidad de vida y con una elevada tasa de mortalidad en relación con la propia enfermedad. Tal y como explica la Inspección Sanitaria, la técnica de aplicación de coils a través de broncoscopia se indica a fin de reducir el atrapamiento aéreo y procurar mejorar la capacidad pulmonar y la

tolerancia al ejercicio, y que, según los estudios científicos que apunta en su informe, la propuesta de esta técnica a la paciente fue adecuada al cumplir los requisitos que los expertos recomiendan.

En contra del criterio manifestado por los reclamantes, sin prueba alguna más allá de sus afirmaciones, los informes médicos que obran en el expediente rechazan que la técnica intervencionista, realizada en dos fases, fuera ejecutada con infracción de la *lex artis* como sostienen los interesados respecto a la intervención realizada en el lóbulo superior izquierdo el día 24 de enero de 2018, pues el hecho de que solo se colocaran 7 coils de los 8 que estaban previstos, respondió a que uno de los coils fue colocado y extraído acto seguido al no ubicarse en posición óptima, pero no por ello se mostró complicación, en palabras de la Inspección Sanitaria.

Los informes médicos que obran en el procedimiento coinciden en afirmar que en ninguna de las dos intervenciones hubo complicaciones durante la realización de la técnica, no hubo hemorragia ni sangrado endobraquial como sugieren los interesados y respecto a las opacidades que se apreciaron en las radiografías de control, el informe del servicio implicado explica que se definen como opacidades asociadas a los coils y que la Inspección Sanitaria considera que “*son propias de haber realizado esa intervención*” y de las que se recomienda que conlleven únicamente control evolutivo clínico, cosa que considera que se realizó en el caso de esta paciente. Además, como destacan ambos informes, dichas opacidades pueden desaparecer sin tratamiento, si bien en el servicio médico implicado se tratan con corticoides y antibiótico, lo que se cumplió en este caso, de modo que, tras el primer procedimiento en el lóbulo superior derecho, en la radiografía de control de la segunda intervención se comprobó la desaparición de las mismas y tras el segundo, se obró de igual forma, de modo que la paciente fue dada de alta con una situación estable.

En contra del criterio manifestado por los interesados respecto a que las circunstancias de su familiar no hacían aconsejable la realización de una prueba como es la técnica de marcha de 6 minutos, el razonamiento científico expuesto en los informes médicos que obran en el expediente desmiente que la paciente presentara alguna circunstancia que impidiera la realización de una prueba que según ha explicado la Inspección Sanitaria *“es fácil de realizar, bien tolerada y la que mejor refleja las actividades de la vida diaria”* y además *“una prueba muy sencilla, que evalúa una actividad desarrollada diariamente por los pacientes, como es caminar”*. Además, la deambulaci3n se recomienda a todos los enfermos sometidos a la t3cnica intervencionista, como ocurri3 en la revisi3n de la paciente del d3a 15 de enero antes de la realizaci3n de las pruebas funcionales respiratorias. Asimismo, como subraya la Inspecci3n Sanitaria, la paciente no presentaba ninguna de las situaciones que contraindican la t3cnica de marcha como son el angor inestable, el infarto agudo de miocardio o la hipertensi3n arterial no controlada.

Adem3s del expediente resulta que la madre y esposa de los reclamantes falleci3 como consecuencia de una hemoptisis masiva tard3a, que no es una complicaci3n propia de la prueba de marcha sino de la t3cnica intervencionista que puede producirse aunque esta se realice conforme a la *lex artis*, como hemos dicho ocurri3 en este caso, sin que existieran circunstancias posteriores a la cirug3a que hicieran presagiar que dicha complicaci3n iba a producirse en la paciente, que fue sometida a un control evolutivo correcto, en palabras de la Inspecci3n Sanitaria.

Por otro lado, una vez producida la complicaci3n la Inspecci3n Sanitaria considera que los servicios m3dicos actuaron de inmediato, avisando a los intensivistas y aplicando las t3cnicas y medicaciones de soporte adecuadas, que no impidieron la evoluci3n r3pida y fatalmente desfavorable para la paciente.

De lo expuesto hasta ahora se infiere, en base a lo señalado en los informes médicos que obran en el expediente y, en particular, en el informe de la Inspección Sanitaria, que no considera que exista en este caso alguna actuación digna de reproche, que se adoptaron las medidas terapéuticas recomendadas, lo que no impidió que el proceso que afectaba a la madre y esposa de los reclamantes evolucionara de una manera desfavorable, pero ello no es imputable a la actuación de los servicios sanitarios que emplearon los medios recomendados para impedirlo. Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de junio de 2019 (recurso 505/2017):

“En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003)”.

En definitiva, a la luz de los informes incorporados al procedimiento, en particular el informe de la Inspección Sanitaria, no es posible concluir que la técnica intervencionista empleada con la paciente se realizara con infracción de la *lex artis*, ni tampoco que existieran circunstancias en la madre y esposa de los reclamantes que desaconsejaran o contraindicanan la prueba funcional respiratoria consistente en una prueba sencilla como es un test de marcha de 6 minutos, que en todo caso, no fue la causa de la hemoptisis masiva que es una complicación posible de la técnica intervencionista pero no imputable a los servicios sanitarios que actuaron conforme a la *lex artis ad hoc* tanto en la realización del procedimiento como en el seguimiento posterior.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora

formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada al no haberse acreditado la infracción de la *lex artis* denunciada por los interesados.

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 6 de octubre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 430/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid