

Dictamen n.º: **663/23**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **14.12.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 14 de diciembre de 2023, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la consejera 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 Dña., D. y Dña. (en adelante, “*los reclamantes*”) por los daños y perjuicios causados por el fallecimiento de su hijo y hermano, respectivamente, D. (en adelante, “*el paciente*”), que atribuyen a la asistencia dispensada en el Hospital Universitario 12 de Octubre, con motivo de la intervención quirúrgica realizada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 4 de marzo de 2022, las personas mencionadas en el encabezamiento formulan reclamación de responsabilidad patrimonial (firmada por una de ellas y un abogado) frente al Servicio Madrileño de Salud por el fallecimiento de su familiar en el Hospital Universitario 12 de Octubre (en adelante, el hospital) tras una intervención quirúrgica realizada el 24 de marzo de 2021.

Los reclamantes explican que su familiar sufría hipertensión pulmonar tromboembólica, residía fuera de Madrid, aunque por derivación de su centro hospitalario era asistido de esta patología en el hospital citado. En concreto, refieren que el 7 de enero de 2020, ingresó de manera programada para la realización de una arteriografía y un angio-TC, para así poder decidir el tratamiento a aplicar.

Continúan relatando que un año después, en enero de 2021 su familiar ingresó en el Hospital Reina Sofía de Córdoba por insuficiencia cardíaca y edemas en los miembros inferiores (MMII).

Que después, el equipo médico del hospital, reunido en sesión clínica, decidió que la operación a realizar sería una endarterectomía, por lo que el paciente ingresó el 23 de marzo de 2021 para el preoperatorio y que la intervención fue al día siguiente. Que, sin embargo, esta operación resultó infructuosa, ya que según dicen, una de las cirujanas les manifestó 15 días después de la operación que *“los resultados de la arteriografía realizada en enero de 2020 no tenían nada que ver con la situación real del paciente a la fecha de la intervención, existiendo un claro empeoramiento, no pudiendo siquiera acceder a las zonas segmentarias y subsegmentarias para la eliminación del material trombótico”*. Y que su familiar permaneció ingresado y falleció un mes después el 24 de abril de ese año.

Centran su reproche en que no es admisible que la operación el 24 de marzo de 2021 se llevase a cabo basándose en un estudio diagnóstico del mes de enero de 2020, es decir casi quince meses antes. Y más aun teniendo en cuenta que, en enero del 2021, el paciente debió ingresar en el Hospital Reina Sofía de Córdoba, lo que debiera haber llevado a realizar un nuevo estudio de la situación real del paciente, para valorar si era necesario someterse a la intervención.

Además, los reclamantes refieren *“que infringe la lex artis ad hoc una lista de espera tan considerable, y la utilización de unas pruebas diagnósticas prácticamente de más de un año antes, sin que se repitieran por un ahorro de costes”*.

Por último, enfatizan en que la situación de su familiar empeoró tras la cirugía, y, además, le hizo que contrajera en el hospital una bacteriemia, que agravó aún más aquella hasta su muerte.

El escrito cita las normas que considera aplicables y la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa al respecto, en particular sobre la lista espera, aduciendo que es un daño que debe ser indemnizado, aunque no haya negligencia ni fallo diagnóstico.

Los interesados reclaman una indemnización con base al baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de 75.012,58 euros en total, de los que 42.141,90 euros corresponderían a su madre y 31.606,42 euros a los dos hermanos, a los que se añaden los gastos de desplazamiento, manutención y otros análogos, pues los familiares residen fuera de Madrid, de 421,42 € para cada uno de los reclamantes.

El escrito de reclamación se acompaña de copia del libro de familia, copia de los DNI del paciente y de los reclamantes, certificado de defunción y documentación médica (folios 1 a 56 del expediente).

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

1.- El paciente nacido en 1973, es derivado del Hospital Reina Sofía de Córdoba al hospital. Su patología es hipertensión pulmonar tromboembólica crónica (HPTEC).

Contaba -entre otros- con los antecedentes de fumador activo, desde los 20 años. Linfoma linfoblástico en 1994. Presentó necrosis avascular

de ambas caderas y rodilla derecha que precisó de prótesis en ambas caderas y rodillas.

En el año 2019 acude a diversas consultas en el Servicio de Cardiología. En la primera de ellas el 13 de agosto, se examina al paciente, el tratamiento que recibe, los informes médicos y las pruebas realizadas hasta el momento y su valoración. Tras lo cual el facultativo da al paciente el correo electrónico y teléfono corporativo para que sean enviados al hospital desde el hospital de Córdoba los resultados de las pruebas que se encargan para realizar allí. Hay más consultas el 2 de octubre, el 8 y 25 de noviembre, en las que constan las pruebas que se le realizan en el propio hospital, manteniéndose el mismo tratamiento farmacológico excepto el apixabán que se cambia por Sintrom.

El 25 de noviembre de 2019 se presenta el caso en el Comité Médico Quirúrgico. Se valora el angio-TC que aporta de su hospital de referencia *de muy mala calidad que dificultan su interpretación*; por lo que se decide su ingreso programado para angio-TC, nuevo ecocardiograma y arteriografía.

El 7 de enero de 2020 por la tarde, el paciente ingresa en el hospital (folios 86 y ss.) para completar el estudio y volver a presentar el caso en sesión clínica para valorar incluirlo en programa de angioplastias pulmonares vs tromboendarterectomía según los resultados. Entre otras se realiza arteriografía pulmonar, angio-TC, ecocardiograma transtorácico (...) figurando que se realizan *sin incidencias*. Como hallazgo la presencia de anemia ferropénica que no ha sido estudiada, y se pauta tratamiento de ésta. Se presenta el caso en la sesión del día 20 de enero de 2020 decidiéndose:

- *“Paciente subsidiario a TEA. Se contacta con centro de referencia (H Reina Sofía) para que soliciten coronariografía. Cuando tengas las pruebas avisará. No obstante, dejamos cita de control en consultas*

- Por otro lado, durante el ingreso para TC llamaba la atención la presencia de anemia con Hb de 11.5 ferropénica sin aparentes sangrados. Se puso 1g de carboximaltosa durante el ingreso.

- Se contacta con sus médicos para que realicen estudio de anemia y que pauten los 500mg que le corresponden en segunda toma.

- Se contacta con paciente para comentar resultados” (folios 93 y ss.).

En enero de 2020 figuran otras consultas los días 22 y 29.

La siguiente consulta es el 18 de febrero, en la que está anotado que contactan vía email para confirmar avances en el plan: se ha administrado los 500 mg de hierro que le faltaban para el tratamiento de anemia. El paciente adjunta el informe de colonoscopia donde se resecan 13 pólipos de aspecto benigno pero pendiente de anatomía patológica. Adjunta la analítica del día de 16 de febrero y el informe de Hematología *“están haciendo cambio a sintrom por recomendación nuestra”*. Pendiente de coronariografía en su centro en Córdoba.

Asimismo, figuran consultas posteriores todas ellas en el Servicio de Cardiología el 3 de abril, el 21 y 26 de agosto y 30 de agosto.

Además, el 21 de agosto es la primera consulta en Cirugía Cardiaca, en la que el paciente es informado de la naturaleza de su enfermedad, de su pronóstico, de las alternativas terapéuticas, así como de los riesgos y beneficios de la cirugía y se le incluye en lista de espera quirúrgica (LEQ).

2.- Ya en el año 2021, el paciente es valorado en Cardiología en consulta telefónica el 14 de enero (folios 134 y ss.). El paciente manifiesta el aumento de edemas en MMII. Desde el Servicio de Cardiología se le ofrece acudir a consulta presencial pero el paciente prefiere evitar desplazamiento al hospital, y se consensua acudir con el informe al

Hospital Reina Sofia de Córdoba para ser valorado después y ajustar tratamiento médico.

El 25 de enero consta anotado que el paciente *“ha ingresado en el Reina Sofía donde le pautan levosimendan y le dan de alta con mejoría de edemas, pero con proBNP elevado de 1700. Hablamos con Cirugía para que conozca situación. Ajustamos tratamiento”* (folio 142). Hay otra anotación el 27 de enero: se trata de un paciente con una enfermedad que supone un riesgo aumentado en caso de infección por COVID. No tiene contraindicación para vacuna de COVID. El paciente deberá vacunarse cuando las autoridades así lo permitan.

El 12 de marzo, el paciente acude a las consultas de los servicios de Cardiología y Anestesiología y Reanimación, para su valoración previa a la intervención quirúrgica, figurando en el informe clínico de preanestesia el riesgo ASA IV y apto para la cirugía.

3.- El paciente ingresa el 23 de marzo de 2021 para la intervención programada de endarterectomía pulmonar bilateral, firmando tres documentos de consentimiento informado (folios 221 y ss.) para la cirugía cardiaca, anestesia e intervención quirúrgica en contexto Covid. En el documento de consentimiento informado de la endarterectomía pulmonar, se expone la dificultad técnica de la intervención (*“que el corazón debe ser detenido mientras se reparan los defectos que padece”*) y, además, figuran riesgos personalizados como es un 5 % de riesgo de muerte, y los porcentajes de riesgos particulares de sufrir daño cerebral, accidente vascular, infección...).

Al día siguiente, entra en el bloque quirúrgico a las 7:30 horas, realizándose la intervención y sale a las 15:44 horas. Figura en el protocolo quirúrgico el desarrollo de la intervención (...) *“Se realiza parada circulatoria en 5 períodos de 17, 13, 20, 11 y 14 minutos respectivamente, con una duración total de 75 minutos, realizándose*

reperusión intermitente entre los períodos de parada. El procedimiento se realiza con apoyo visual mediante videotoracoscopia”.

Es trasladado inmediatamente a continuación a la UVI a cargo del Servicio de Medicina Intensiva inestable hemodinámicamente con necesidad de soporte vasoactivo y vasodilatadores pulmonares. Sin datos de sangrado activo (folios 184 y ss.). El paciente precisa dosis elevadas de soporte farmacológico y soporte circulatorio mediante oxigenación por membrana extracorpórea.

Presenta datos de shock mixto (cardiaco, distributivo, séptico) con fracaso multiorgánico secundario; precisa antibioterapia de amplio espectro y soporte ventilatorio, además de cardioversión eléctrica por taquiarritmia auricular y taponamiento cardiaco. Durante el postoperatorio se realiza manejo multidisciplinar del paciente por parte de los Servicios de Cardiología, Cirugía Cardíaca y Medicina Intensiva.

El 31 de marzo hay un cuadro infeccioso: se inicia antibioticoterapia empírica con Tazocel y linezolid por aumento de reactantes de fase aguda y secreciones bronquiales purulentas, con respuesta térmica interferida por el hemofiltro. Se reemplaza Tazocel por Meropenem el día 3 de abril para ampliar cobertura, que se mantiene hasta el día 14, sin aislamientos en las muestras microbiológicas y con marcadores de infección fúngica negativos. Aumento de reactantes y sospecha de reinfección por lo que el paciente recibe antibioterapia dirigida con Trimetoprim-Sulfametoxazol ante el aislamiento de *S. Malthophilia* en urocultivo el día 21.

El día 14 de abril en la sesión clínica conjunta se debate el riesgo/beneficio de las diferentes alternativas del paciente, dado el fracaso multiorgánico (a plantear posible angioplastia como única alternativa terapéutica, que se desestima por la situación clínica y el altísimo riesgo en el traslado y el procedimiento).

La evolución del paciente es tórpida (...), fallos multiorgánicos: circulatorio, hepático, respiratorio, renal y sepsis (Escala SOFA 18). Dada la mala evolución se decide informar a la familia de la situación extrema y adecuar el esfuerzo terapéutico. El 24 de abril fallece a las 13:30 horas, rodeado de sus seres queridos (folio 192).

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).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del familiar de los reclamantes y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC, se han emitido informes por los servicios de Cardiología, Cirugía cardíaca y Medicina intensiva (folios 336 y ss.) en los que tras lamentar el fallecimiento del paciente se ponen de manifiesto -en resumen- la grave patología del paciente, los condicionantes y antecedentes previos y la asistencia sanitaria prestada.

Respecto de lo aducido en la reclamación se señala en particular:

- La consideración que se hace acerca de que la operación *resulta del todo infructuosa*, está condicionada por el final del curso del paciente, pero no se ajusta a la realidad. Por definición es imposible una desobstrucción del cien por cien del árbol pulmonar obstruido (...).

- La aseveración que se atribuye a la doctora (de que los resultados de la arteriografía del 7 de enero de 2020 no tenían nada que ver con la situación del paciente a la fecha de la intervención) es una interpretación errónea. Los médicos no hicieron ese análisis.

- En la evaluación diagnóstica que se realizó en enero de 2020 se analizó en detalle la localización del material trombótico obstructivo con la utilización de dos técnicas de imagen, la arteriografía pulmonar y el

TAC torácico de arterias pulmonares. Esas pruebas presentaron resultados concordantes objetivando una obstrucción difusa a nivel de las ramas segmentarias y subsegmentarias de los vasos de ambos pulmones. Se presentó el caso en sesión multidisciplinar el 20 de enero decidiéndose que la mejor opción terapéutica era una cirugía de endarterectomía pulmonar.

- Que desde ese mes se realizó un esfuerzo muy importante en el hospital (2020 estuvo marcado por la pandemia de la COVID-19 con resultados dramáticos en España y en particular en Madrid) por controlar en la medida de lo posible la evolución del paciente.

- Se mantuvo contacto con el Hospital Reina Sofía, completando el estudio de la anemia ferropénica del paciente, objetivándose pólipos colónicos con displasia de bajo grado. Así mismo, se realiza la coronariografía, con vasos coronarios sin lesiones. La presencia de enfermedad coronaria grave hubiera sido una contraindicación para la realización de la cirugía de endarterectomía pulmonar.

- El paciente nos comunicó un marcado deterioro clínico en la visita telefónica el día 14 de enero del 2021, se le recomendó acudir a consulta presencial a la Unidad Multidisciplinar, para valorar mejor su situación. El paciente prefirió mantener el seguimiento telefónico y contacto rápido por email específico. El 25 de enero se nos comunicó que el paciente había ingresado en el Hospital Reina Sofía con insuficiencia cardíaca grave. Se comunicó la situación a Cirugía Cardíaca y de común acuerdo se prioriza la intervención quirúrgica.

- Desde enero del 2020 hasta marzo del 2021, y a pesar de la pandemia del COVID, que evidentemente ha tenido una marcada influencia en la dinámica hospitalaria, se ha mantenido contacto con el paciente y/o con sus médicos en más de 10 ocasiones, siendo nuestro objetivo controlar la evolución de la enfermedad. Lamentablemente la

evolución del paciente tras la cirugía no fue satisfactoria, y a pesar de la extracción del material trombótico a nivel de arterias segmentarias y subsegmentarias, la vasculopatía pulmonar tenía un papel muy importante en la hipertensión pulmonar no consiguiendo un cambio significativo con la cirugía.

- No estaba indicada la repetición de las pruebas diagnósticas dirigidas a la localización del material trombótico ya que no presentan cambios significativos en el tiempo.

- La insuficiencia cardiaca estaba aceptablemente controlada en el momento previo a la intervención, por lo que no se consideró necesario realizar un ajuste adicional, dada la buena recuperación que había tenido el paciente.

- El edema de reperfusión, la hipertensión pulmonar persistente y el fracaso circulatorio están descritas específicamente y son los responsables de la mortalidad asociada a la cirugía tal y como se le informó al paciente y a sus familiares y en el documento de consentimiento informado firmado.

- La enfermedad que padecía D. (...) es de una entidad extremadamente grave y, en su caso, en un estadio avanzado, por lo que un desenlace desfavorable forma parte de las previsiones.

- Durante su estancia en UCI, el paciente recibió las medidas diagnósticas y terapéuticas indicadas en función de su evolución en cada momento. En particular, las aplicadas a pacientes de extrema gravedad, como la oxigenación con membrana extracorpórea (ECMO) de manera prolongada, óxido nítrico inhalado y otros fármacos vasodilatadores pulmonares en dosis elevadas, sin obtener mejoría.

- Las complicaciones infecciosas son frecuentes en pacientes críticos de extrema gravedad, como era el caso, debido a múltiples factores que

concurren en ellos y que son conocidos por los profesionales implicados en el cuidado de estos pacientes. Con este fin se realizaron múltiples estudios microbiológicos en el paciente y se adaptó el tratamiento antimicrobiano en base a los resultados y a la situación clínica del paciente.

En definitiva, que, a pesar de las medidas de tratamiento, el paciente evolucionó a situación de fracaso cardiaco, pulmonar, renal, hepático, hematológico y de otros órganos o sistemas y falleció, tras 30 días de ingreso. La familia del paciente estuvo informada diariamente.

Posteriormente, emitió informe la Inspección Sanitaria el 24 de abril de 2023 en el que, tras analizar la historia clínica, los informes médicos emitidos en el curso del procedimiento, así como realizar las consideraciones médicas oportunas sobre la hipertensión pulmonar tromboembólica crónica, señala que la opción por la cirugía fue la adecuada. Que la tromboendarterectomía consiste en la única terapia definitiva, consistente en la disección de la arteria pulmonar y retirada de material trombótico, manteniendo al paciente durante este proceso con circulación extracorpórea, precisando vigilancia en la Unidad de Cuidados Intensivos posterior ante las posibles complicaciones.

Que se realizó un seguimiento reglado de su patología, como queda reflejado en las múltiples consultas de la documentación aportada, así como unas exploraciones complementarias adecuadas en cada momento, actualizándose cuando se consideró oportuno (pág. 28 de la historia clínica, por ejemplo). Además, como se ha mencionado previamente, existe amplio consenso en la bibliografía por la que los cambios vasculares asociados a la hipertensión pulmonar son estables en el tiempo lo cual hizo que no fuera necesaria la realización adicional de exploraciones complementarias en el ingreso de 2021.

Por otro lado, el paciente fue informado de la naturaleza de su enfermedad y pronóstico. Y cuando se incluyó al paciente en la LEQ fue informado de las complicaciones secundarias a la intervención, así como de los riesgos, beneficios e imponderables de la cirugía, especificándole al paciente en el mismo documento de consentimiento informado los porcentajes de complicaciones que pudieran surgir en la propia intervención, que desafortunadamente surgieron.

Y concluye que la actuación de los distintos servicios del hospital fue en todo momento adecuada al curso clínico del paciente.

Tras la incorporación al procedimiento de los informes evacuados, se confirió el oportuno trámite de audiencia a los reclamantes, que presentan dos escritos de alegaciones el 14 y 19 de junio de 2023, en las que abundan en los reproches ya efectuados, e inciden en el tiempo excesivo de la lista de espera quirúrgica, en que la situación del paciente se había agravado en el mes de enero de 2021 con su ingreso en el hospital de Córdoba por patología cardíaca y que ello le hacía acreedor de que se volvieran a realizar pruebas, las cuales no se hicieron “*por ahorrar costes*” y por último, elevan su petición indemnizatoria a 84.746,23 euros.

Finalmente, el 20 de octubre de 2023, se formula propuesta de resolución en la que se acordó desestimar la reclamación formulada al considerar que la asistencia sanitaria fue adecuada a la *lex artis*.

CUARTO.- El día 26 de octubre de 2023 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente (603/23), a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, que formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta

Comisión Jurídica Asesora en la sesión indicada en el encabezamiento del dictamen.

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 € y a solicitud de la consejera 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.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1; regulación que debe completarse con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

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 LRJSP, solo en cuanto al daño moral causado por el fallecimiento de su familiar.

En este punto concreto, es de recordar la doctrina de este órgano consultivo con base en la jurisprudencia, de que los familiares carecen de

legitimación para reclamar por las circunstancias personales que solo afectaron al propio paciente y sobre las que él mismo decidió, como es el caso de someterse a la cirugía, tras recibir primero toda la información al respecto en la consulta de Cirugía Cardíaca el 21 de agosto de 2020 (folios 117 y 118); después, en las consultas previas a la intervención de los tres servicios implicados (Cardiología, Cirugía Cardíaca y Anestesiología), todas ellas el mismo día 13 de marzo; y finalmente, con la firma de los documentos de consentimiento informado el 23 de marzo de 2021, en uno de los cuales figuran anotados los riesgos específicos, como hemos referido en el antecedente de hecho segundo punto 3.

Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que liga a las reclamantes con el fallecido mediante copia del libro de familia.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en cuanto a la representación, ya que la reclamación inicial solo está firmada por la madre del paciente fallecido. Los otros dos reclamantes no han otorgado poder de representación al abogado firmante de la reclamación, por lo que no se les puede considerar como reclamantes en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Tal y como este órgano consultivo pone de manifiesto, una y otra vez, al Servicio de Responsabilidad Patrimonial del SERMAS, ha de requerirse la subsanación de este defecto, en cualquier momento del procedimiento antes de la resolución final.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por el Hospital Universitario 12 de Octubre, 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 de la 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 del paciente, que aconteció el 24 de abril de 2021, dicha fecha constituye el *dies a quo*, por lo que la reclamación presentada el 4 de marzo de 2022 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 emitido el informe preceptivo previsto en el artículo 81.1 de la LPAC. También consta haberse solicitado y emitido informe por la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del paciente fallecido.

Tras la instrucción del procedimiento se confirió trámite de audiencia a las interesadas. 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.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso 5006/2016), requiere la concurrencia de varios requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) 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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras 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 concreto, cuando se trata de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios. Así, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 15 de marzo de 2018 (recurso 1016/2016) ha señalado 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”.

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.

Ciertamente, ya hemos adelantado la existencia del daño moral de las 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), entre otras.

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

El reproche de los reclamantes se centra en señalar que las pruebas realizadas a su familiar en enero de 2020 y cuyos resultados fueron los que motivaron la decisión de la intervención quirúrgica practicada en marzo de 2021, se tendrían que haber repetido otra vez (no precisan cuándo) dado el tiempo transcurrido hasta la cirugía. Alegan simplemente que la situación del enfermo detectada en la arteriografía pulmonar, en concreto, “*no se parecía en nada*” a la situación real del paciente el día 24

de marzo del año siguiente cuando fue operado, a lo que anudan la consecuencia de que fue infructuosa.

Pues bien, lo primero es de recordar la regla general de que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación, por mor del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017).

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2020 (recurso 829/2017) recuerda que *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados”*.

En el presente caso, las reclamantes no aportan prueba pericial alguna o criterio médico en virtud del cual se debieran haber repetido las pruebas. La afirmación que al respecto hacen en la reclamación y que atribuyen a una de las cirujanas que intervino carece de todo sustrato probatorio. En tal sentido, *“la aseveración que se atribuye a la doctora es una interpretación errónea. Los médicos no hicieron ese análisis”* según se lee en el informe de Cirugía Cardíaca.

Tampoco prueban los reclamantes, que la muerte del paciente un mes después de la cirugía, tuviera que ver con la no repetición de las pruebas realizadas cuya necesidad invocan.

Frente a ello, hemos de señalar como primera providencia que, en la historia clínica transcrita con detalle en el antecedente de hecho segundo de este dictamen, no aparece ninguna nota sobre la necesidad de repetir las pruebas: arteriografía pulmonar, angio-TC y ecocardiograma transtorácico, cuyos resultados fueron llevados a sesión clínica en la que se decidió el tipo de intervención. *“Se presentó el caso en sesión multidisciplinar el 20 de enero decidiéndose que la mejor opción terapéutica era una cirugía de endarterectomía pulmonar”.*

El protocolo quirúrgico de la intervención del día 24 de marzo de 2021 (folios 173 y ss.) no refleja nada respecto de la situación del paciente y lo que constata es la complejidad de la intervención que se realizaba.

Los informes médicos que obran en el expediente tanto del Servicio de Cirugía Cardíaca como de Cardiología, inciden expresamente en la no necesidad en absoluto de repetir unas pruebas con unos resultados muy precisos:

“- En la evaluación diagnóstica que se realizó en enero de 2020 se analizó en detalle la localización del material trombótico obstructivo con la utilización de dos técnicas de imagen, la arteriografía pulmonar y el TAC torácico de arterias pulmonares. Esas pruebas presentaron resultados concordantes objetivando una obstrucción difusa a nivel de las ramas segmentarias y subsegmentarias de los vasos de ambos pulmones.

- La evolución del paciente tras la cirugía no fue satisfactoria, a pesar de la extracción del material trombótico a nivel de arterias segmentarias y subsegmentarias (...) no consiguiendo un cambio significativo con la cirugía.

- No estaba indicada la repetición de las pruebas diagnósticas dirigidas a la localización del material trombótico ya que no presentan cambios significativos en el tiempo”.

Además, la Inspección Sanitaria pone de relieve no solo la adecuación de los tiempos de la cirugía con las pruebas diagnósticas previas, sino que la atención dispensada al paciente con una gravísima patología fue adecuada y acorde con lo que el paciente necesitaba y él mismo aceptó en las consultas previas y con la firma de los documentos de consentimiento informado; destacándose que su caso fue llevado a sesión clínica, lo que supone el análisis y la valoración por varios facultativos, que se actuó de forma coordinada y conjunta entre los servicios de Cardiología y Cirugía y además, que dado que el paciente provenía de otra comunidad autónoma, se actuó recibiendo y suministrando información con el otro hospital, dentro de las actuaciones propias del Servicio Nacional de Salud.

Por otro lado, hemos puesto de relieve en los puntos 1 y 2 del antecedente de hecho segundo del dictamen, las consultas telefónicas y presenciales en las que se atendió al paciente antes de la intervención, actuándose además en un contexto de la pandemia gravísimo, lo que nos lleva a concluir que el paciente fue estrechamente vigilado y controlado por los diferentes servicios del hospital tomando decisiones oportunas y en el momento adecuado tras valoración de la situación clínica del paciente, cuyo fallecimiento se produjo un mes después de la intervención por un múltiple fracaso pulmonar, cardíaco, renal y hepático.

En segundo lugar y sobre la cuestión reprochada relativa a las listas de espera quirúrgica, procede en todo caso, reiterar lo que ya hemos señalado en anteriores dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora. Así, el dictamen 362/23, de 6 de julio y los que en él se citan -532/16, de 24 de noviembre, el dictamen 136/18, de 22 de marzo y el 258/20, de 30 de junio, entre otros-, el sistema de lista de espera ha sido declarado

válido por los tribunales [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2001 (recurso 4596/1997) y Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003 (recurso 561/2001)]: *«El llamado régimen “de cola” es criterio -alumbrado de antiguo- que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitada, y con ello hay que contar. No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados -lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles, dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en la cola.*

(...) Cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación».

En nuestro caso, el paciente fue incluido en la LEQ en el mes de agosto de 2020, realizándose la cirugía -de una gran complejidad y para la que no había medios en su hospital en la región donde residía- en marzo de 2021, teniendo en cuenta, además, que los recursos hospitalarios estaban plenamente implicados a combatir la COVID-19, y que el 25 de enero de 2021 el paciente tuvo que ser sometido a otra intervención cardiaca, lo que pudo demorar el preoperatorio. No se aprecia antijuridicidad en el tiempo de espera.

Para concluir el dictamen vemos que, en realidad, la reclamación incurre en la denominada prohibición de regreso puesto que enjuicia la actuación sanitaria a partir del resultado final de la muerte del paciente.

En este punto, procede tener presente que la asistencia médica ha de atender a las circunstancias y a los síntomas del enfermo, mediante un juicio *ex ante* y no *ex post*. Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otras, en Sentencia de 4 de abril de 2017 (recurso 532/2015) según la cual:

“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio ex post, sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”.

En definitiva, a la luz de los informes incorporados al expediente constatados con la historia clínica y teniendo en cuenta el relevante criterio de la Inspección Sanitaria, cabe concluir que no se ha producido negligencia alguna en la asistencia sanitaria dispensada al familiar de los reclamantes.

Por todo lo cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada al no haberse acreditado infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada al paciente.

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 14 de diciembre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 663/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 - Madrid