

Dictamen n.º: **546/24**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.09.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de septiembre de 2024, 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 el abogado de Dña., Dña. y Dña. por los daños y perjuicios sufridos, al considerar que su respectivo cónyuge y padre, D., padeció un daño iatrogénico como consecuencia directa de haberse dejado olvidado en el lecho quirúrgico una compresa durante una intervención realizada en el Hospital Clínico San Carlos, lo que obligó a reintervenir de urgencia al paciente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación formulado por el abogado de las personas citadas en el encabezamiento de este dictamen, presentado el 14 de diciembre de 2022 en el registro del Servicio Madrileño de Salud.

Las reclamantes refieren que el fallecido era un paciente de 77 años, con antecedentes personales de padecer hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2, fibrilación auricular paroxística, cardiopatía

isquémica con enfermedad de tronco coronario izquierdo, de la que fue intervenida 1998, insuficiencia cardiaca derecha con hígado de estasis con ascitis y hepato-esplenomegalia, enfermedad renal crónica, enfermedad pulmonar obstructiva crónica, cáncer epidermoide de pulmón izquierdo intervenido en 2011, con radioterapia posterior con cicatriz pleural residual e hiperuricemia con crisis gotosa.

Indican también que fue intervenido en 1998 de doble bypass aorto coronario, pericarditis constrictiva en 2014 e implantación de marcapasos en 2016, teniendo que realizar múltiples ingresos por insuficiencia cardiaca de predominio derecho, secundaria a insuficiencia tricúspide grave funcional.

Señalan que, como consecuencia de las diferentes cardiopatías padecidas, venía siendo tratado desde hacía años en el “*Centro Médico de Asturias*”, en donde finalmente en abril de 2021 se acordó desestimar el tratamiento quirúrgico de dicha insuficiencia cardiaca, motivo por el cual, procedió a solicitar una segunda opinión en el Hospital Clínico San Carlos.

Según el escrito, en julio de 2021, el causante ingresó en el Hospital Clínico San Carlos a fin de completar el estudio de su insuficiencia tricúspide grave y mitral moderada, mediante la práctica de las pertinentes pruebas diagnósticas, que incluyeron la realización de ecocardiograma transesofágico, coronariografía, cateterismo derecho, TAC cardíaco y pruebas de función respiratoria, cuyos resultados fueron valorados en la correspondiente sesión médico quirúrgica, en donde se acordó llevar a cabo la pertinente intervención quirúrgica correctora de patología cardiaca padecida.

La interesadas refieren que su familiar ingresó en el Hospital Clínico San Carlos el 24 de octubre de 2021 a fin de someterse a la práctica de la correspondiente intervención quirúrgica, con la que proceder a la sustitución valvular tricúspide, pericardiectomía e implantación de

marcapasos epicárdico definitivo, que finalmente se llevó a cabo el día 29 de octubre de 2021 bajo circulación extra corpórea, realizándose pericardiectomía parcial y sustitución valvular tricúspide con prótesis biológica, sin que supuestamente concurriera ningún incidente.

No obstante, indican que *“llegados a este punto, debemos señalar expresamente que entre la documentación entregada por parte del SERMAS como respuesta a la solicitud formulado por Doña ...para que le hiciera entrega del historial clínico de Don ..., no consta incorporado el preceptivo documento de consentimiento informado suscrito por el paciente, mediante el cual se cumplimentara la obligación legal de informar al paciente sobre los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica a practicar, así como las posibles alternativas a la misma, motivo por el cual venimos a solicitar expresamente que se incorpore al correspondiente expediente administrativo el preceptivo documento de consentimiento informado suscrito por Don... para la práctica de la intervención de sustitución valvular tricúspide, pericardiectomía e implantación de marcapasos epicárdico definitivo”*.

La reclamación continúa relatando que, durante el postoperatorio, el paciente presentó múltiples complicaciones, que requirieron una reintervención urgente por taponamiento cardíaco secundario a hemotórax masivo, realizándose extracción de más de un litro de coágulos que comprimían la cara anterior del ventrículo derecho y la aurícula derecha, con abundante sangrado masivo, realizándose hemostasia por compresión con compresas después de evacuar el hematoma, procediéndose a la colocación de drenaje en mediastino anterior y saco pericárdico.

Las reclamantes señalan de nuevo que *“llegados a este punto debemos reseñar expresamente que en la documentación entregada por el SERMAS como respuesta a la solicitud formulada por Doña ... no consta acreditado documentalmente que el recuento de compresas y material*

quirúrgico utilizado fuera correcto antes de proceder al cierre de la cavidad”.

El escrito continúa manifestando que, tras esta reintervención, el paciente evolucionó adecuadamente, a pesar de sufrir distintas complicaciones a nivel renal y pulmonar, que consiguieron controlarse con el pertinente tratamiento farmacológico, si bien, cuando el día 16 de diciembre de 2021 se le practicó una nueva radiografía de tórax, se constató por parte del radiólogo la existencia de *“material quirúrgico en el ángulo cardiopulmonar derecho, a correlacionar con la cirugía previa”*, que, según se afirma, de forma absolutamente injustificada no se había observado en las radiografías de tórax anteriormente practicadas al paciente los días 6 y 13 de diciembre de 2021.

Las reclamantes indican que, como consecuencia directa de la constatación de la existencia de un cuerpo extraño en el mediastino, se acordó proceder a intervenir de urgencias al paciente mediante reesternotomía media para retirada de compresa a nivel de mediastino junto a la aurícula derecha, constatándose durante la ejecución de la intervención intensas adherencias pleuropericárdicas, encontrándose una compresa retroauricular derecha, siendo necesario despegar ampliamente todo el margen derecho del corazón para poder hacer la extracción, *“adherencias producidas como consecuencia directa de haber permanecido la compresa en el mediastino durante más de cuarenta días”*.

El relato prosigue señalando que, durante el postoperatorio en la UCI, el fallecido presentó múltiples complicaciones, consiguiéndose una progresiva mejoría clínica con estabilización de los signos de la insuficiencia cardíaca y de la función renal que motivaron que se acordase el alta del paciente el día 20 de enero de 2022, con seguimiento periódico inicial por parte de la Unidad de Insuficiencia Cardíaca del Hospital Clínico San Carlos y posteriormente del Hospital Universitario

Central de Asturias, hasta que, finalmente, el paciente falleció el día 1 de mayo de 2022.

En definitiva, las reclamantes concluyen, con base en los hechos anteriormente expuestos, que existe una relación causal entre la deficiente asistencia prestada por parte de la Administración y el daño iatrogénico padecido por su familiar, como consecuencia directa de haberse dejado olvidado en el lecho quirúrgico una compresa, lo que obligó a tener que intervenir de urgencia al paciente, a fin de proceder a la extracción de la misma, *“intervención quirúrgica que lógicamente supuso un indebido aumento de la morbi-mortalidad en un paciente de alto riesgo como era Don ... y, por consiguiente una pérdida de oportunidad de curación del mismo”*.

La reclamación, que no determina el importe de la indemnización solicitada, fue interpuesta inicialmente sólo en nombre de la viuda del fallecido, si bien, tras el correspondiente requerimiento de la Administración, fue ratificada también por sus herederas con fecha 28 de diciembre de 2022.

El escrito se acompaña de una copia del libro de familia y del correspondiente certificado de defunción, así como del poder notarial acreditativo de la representación conferida (folios 1 a 24 del expediente). Con posterioridad, se aportó también una copia de la declaración de herederos abintestato.

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

Se trata de un paciente de 77 años y con múltiples antecedentes médicos y, en particular cardiológicos, que ingresa el 24 de octubre de 2021 en el Hospital Clínico San Carlos para una intervención quirúrgica

cardíaca, con sustitución de la válvula tricúspide por una prótesis, pericardiectomía e implantación de un marcapasos epicárdico definitivo.

En el momento del ingreso, su situación cardíaca se describía como sigue:

Paciente con insuficiencia cardíaca de predominio derecho, en el contexto de insuficiencia tricúspide grave funcional, insuficiencia mitral orgánica por hendidura mitral y constricción pericárdica, así como cardiopatía isquémica: oclusión crónica del tronco coronario izquierdo media, estenosis grave de la arteria descendente anterior media, estenosis grave de la arteria descendente posterior ostial (cerca del ostium: orificio del seno coronario). Puentes bypass de arteria mamaria interna en arteria descendente anterior y de vena safena en arteria obtusa marginal permeables. Hipertensión pulmonar leve postcapilar.

Con fecha 29 de octubre de 2021, se realiza la intervención programada, sin que se produzca incidencias durante ella, pasando el paciente a continuación a la UCI.

Durante su estancia en la UCI, presenta múltiples complicaciones: fracaso del ventrículo derecho, requiriendo perfusión continua de noradrenalina a dosis altas, logrando retirarla de forma progresiva según la evolución clínica. El ventrículo izquierdo normofuncionante todo el tiempo.

El 7º día de ingreso, el paciente desarrolla inestabilidad hemodinámica aguda, objetivándose un gran hematoma mediastínico, que comprime las cavidades derechas, por lo que se realiza revisión quirúrgica urgente y se extraen gran cantidad de coágulos, quedando el paciente estable.

En el protocolo de la intervención urgente, realizada el 5 de noviembre de 2021 consta: gran hematoma mediastínico sin zonas de sangrado activo. Evacuación de hematoma.

Durante el postoperatorio en la UCI, el paciente sufre distintas complicaciones: desde el punto de vista nefrourológico, fracaso renal crónico con agudización, requiriendo terapias sustitutivas, permaneciendo en anuria durante dos semanas. Presenta fibrilación auricular permanente en ritmo de marcapasos epicárdico definitivo, así como episodios autolimitados de taquicardia ventricular no sostenida, sin repercusión clínica.

Una vez conseguida una situación más estable, el paciente pasa a planta de Cardiología el 24 de noviembre de 2021, donde inicialmente se maneja su fracaso renal agudo con Furosemida. Presenta una situación respiratoria regular, que se atribuyó a congestión pulmonar, por lo que precisa varias sesiones de ultrafiltración por parte de Nefrología, con mejoría clínica leve y transitoria. Se realiza toracocentesis, ante la persistencia de un derrame pleural. Presenta también infección del tracto urinario por E. coli, con ciclo de 8 días de ceftriaxona.

El 16 de diciembre de 2021, en radiografía de control, se objetivan probables restos de material quirúrgico que no se habían identificado previamente. Se decide intervención quirúrgica para extracción del mismo.

En el protocolo quirúrgico de la intervención para retirada de cuerpo extraño, realizada el mismo 16 de diciembre de 2021, consta: retirada de cuerpo extraño (compresa) en mediastino, junto a aurícula izquierda. No se producen incidencias y el paciente queda ingresado en la UCI durante el postoperatorio.

Permanece en la UCI durante tres días, hemodinámicamente estable, con tendencia a la hipotensión, sin repercusión clínica. Asocia insuficiencia renal aguda sobre su enfermedad renal crónica en anuria, por lo que se decide implantar hemofiltración veno-venosa continua para control de balances y ante la presencia de ascitis (acumulación de líquido en la cavidad abdominal).

Con fecha 25 de diciembre de 2021, se realiza paracentesis (punción abdominal para extraer mediante aspiración el líquido de la cavidad peritoneal) con extracción de 2 litros de líquido. Posteriormente, el paciente evoluciona bien, siendo trasladado a la planta de Cardiología, donde permanece hasta su alta.

En planta, se mantiene inicialmente el tratamiento diurético, que se reduce progresivamente hasta pasar la furosemida a vía oral.

En contexto de bacterimia, presenta elevación transitoria de transaminasas que, inicialmente, se incluye dentro del diagnóstico diferencial de la fiebre, por lo que se realiza ecografía abdominal, en la que se objetivan signos de hepatopatía crónica y leve cantidad de líquido libre y de derrame pleural.

Tras el inicio de la antibioterapia, comienza con cuadro diarreico y se obtiene un resultado positivo en la toxina de *Clostridiun difficile*, iniciándose vancomicina oral el 19 de enero de 2022.

El 20 de enero de 2022, se administra un ciclo de Levosimendán, mediante perfusión intravenosa prolongada y bajo monitorización, con buena tolerancia, lo que permite retirar la perfusión de dopamina. Por indicación de Nefrología, se suspende ciortalidona y se aumenta la dosis de eplerenona a 25 mg cada 12 horas. Se transfunden dos concentrados de hematíes por anemia y carboximaltosa férrica iv por presentar hierro e índice de saturación de transferrina bajos. Dada la estabilidad clínica, se decide alta a planta de Cardiología, presentando mejoría clínica y

estabilidad en los signos de insuficiencia cardíaca en las 48 horas posteriores.

En los dos días siguientes, el paciente muestra mejoría clínica y estabilidad de los signos de insuficiencia cardíaca, tolerando el diurético oral y con mejoría de la función renal. Por ello, estando muy mejorado desde el punto de vista cardiovascular, con signos leves de insuficiencia cardíaca (edema con fóvea hasta el tercio tibial superior), se decide el alta a domicilio el 24 de enero de 2022, con tratamiento, recomendaciones y citas para revisión en consulta.

Acude para revisiones y tratamiento (infusiones de Levosimendán) entre el 28 de enero de 2022 y el 24 de febrero de 2022, fecha de la última, tras la cual, se traslada a Asturias.

En Asturias, es remitido a consulta de Insuficiencia Cardíaca Avanzada (ICA) del Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA), de Oviedo, donde se continúa su seguimiento y las infusiones periódicas con Levosimendán, teniendo la primera cita el 28 de febrero de 2022.

Con fecha 29 de abril de 2022, acude a Urgencias en el Hospital Universitario San Agustín, de Avilés, por disnea. Tras anamnesis y pruebas complementarias, dado el intenso trabajo respiratorio que presenta, se solicita valoración por UCI y se contacta con la Unidad de Insuficiencia Cardíaca Avanzada del Hospital Universitario Central de Asturias, que informa de que *“es un paciente con techo terapéutico por pronóstico infausto, no completamente conocido por el paciente, pero sí por su familia”*.

En planta, nuevo episodio de empeoramiento respiratorio, que se maneja de forma conservadora (morfina y furosemida) y se vuelve a contactar con el Hospital Universitario Central de Asturias. Refieren que el paciente tiene una cardiopatía terminal, que en múltiples ocasiones se

ha explicado a la familia la situación en la que se encuentra, y que el único tratamiento que podrían ofrecerle allí es el tratamiento descongestivo con diuréticos, que podría realizarse en ese mismo hospital.

Durante el día 30 de abril de 2022, continúa evolucionando de forma desfavorable, con refractariedad al tratamiento pautado, por lo que se decide inicio de medidas de confort, falleciendo el paciente el día 1 de mayo de 2022.

Los diagnósticos del informe de alta por *éxitus* son:

- *Exitus*.
- Insuficiencia cardiaca.
- EPOC.
- Insuficiencia respiratoria global aguda en relación a lo previo.
- Anemia macrocítica.
- Hiponatremia e hiperpotasemia leves.
- Insuficiencia respiratoria aguda.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), de lo que se dio traslado a la reclamante.

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del paciente del Hospital Clínico San Carlos, del Hospital Universitario Central de Asturias y del Hospital Universitario San Agustín, de Avilés.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC, se ha recabado el informe del Servicio de Cirugía Cardíaca del Hospital Clínico San Carlos, del 16 de enero de 2023. El citado informe, tras relatar de modo cronológico la atención sanitaria dispensada al paciente, reconoce que *“...en la radiografía posterior de tórax del día 16 de diciembre, se apreció la presencia de un cuerpo extraño radioopaco que se identificó como una compresa quirúrgica. Probablemente, dicha compresa se encontrase en el lecho quirúrgico desde la intervención que se le practicó a Don ... el día 5 de noviembre de 2021. Efectivamente, el personal presente durante la Intervención aquel día NO se percató de que tal compresa quedase en el lecho quirúrgico, ya que el procedimiento se realizó en una situación crítica y fue muy complejo desde el punto de vista técnico ...”*.

De igual modo, y en cuanto al documento de consentimiento informado relativo a la intervención realizada el 29 de octubre de 2021, el informe explica que *“todos los pacientes intervenidos en este centro de una cirugía cardíaca programada reciben un consentimiento informado escrito. Dicho documento habrá de encontrarse en la historia clínica del paciente. De cualquier modo, el paciente y los acompañantes autorizados fueron informados del procedimiento y los riesgos asociados de manera verbal por parte de cirujanos, cardiólogos y médicos intensivistas en reiteradas y sucesivas ocasiones”*.

Se ha incorporado también al expediente el informe del Servicio de Medicina Interna del Hospital Universitario San Agustín, de Avilés, emitido el 22 de marzo de 2023, en el que se concluye que *“el contacto de este servicio con el paciente se limita a un corto episodio de insuficiencia cardíaca e insuficiencia respiratoria, con mala evolución en un paciente con muy mal pronóstico previo, que evoluciona rápidamente de forma desfavorable produciéndose el exitus en las primeras 48 horas de evolución, sin que podamos aportar ningún dato sobre el historial anterior*

del paciente ya que el paciente se trataba habitualmente en otros Centros de esta comunidad autónoma y de otras”.

Por su parte, la Inspección Sanitaria emite informe el 12 de febrero de 2024, en el que, tras examinar la historia clínica del paciente, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, señala, por un lado, que *“en la historia clínica del Hospital Clínico San Carlos a nombre de D. ... no consta el documento de consentimiento informado correspondiente a la intervención que se le realizó el 29 de octubre de 2021”.*

Además, refiere que *“en la intervención realizada de urgencia al paciente el 5 de noviembre de 2021 para evacuar un gran hematoma mediastínico, quedó en el lecho quirúrgico una compresa, que fue necesario extraer cuando se descubrió (16/12/21) mediante una nueva intervención”.*

No obstante, la Inspección concluye que *“nada de lo anterior tuvo relación con el fallecimiento del Sr. ..., que se produjo el 1 de mayo de 2022, más de tres meses después de haber sido dado de alta, por complicaciones de su patología de base”.*

Una vez instruido el procedimiento, mediante oficio de 11 de marzo de 2024, se confirió trámite de audiencia a las reclamantes, sin que conste en el expediente la formulación de alegaciones por su parte.

Finalmente, el 13 de junio de 2024 se formula propuesta de resolución por la viceconsejera de Sanidad y directora general del Servicio Madrileño de Salud, en la que se desestima la reclamación al carecer de legitimación activa las reclamantes y no haber acreditado el nexo causal entre la actuación de la Administración sanitaria y el fallecimiento del paciente.

CUARTO.- El 2 de julio de 2024 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 466/24 al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, 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 septiembre de 2024.

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 indeterminada, 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, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC, dada la fecha de presentación de la reclamación.

Respecto de legitimación activa de las reclamantes para interponer la reclamación, haremos especial referencia a la misma a continuación, una vez analizados los demás requisitos de competencia y procedimiento.

Se cumple la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por un centro sanitario integrado en la red sanitaria del SERMAS, el Hospital Clínico San Carlos.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo. En este caso, el *dies a quo* lo constituye la fecha de fallecimiento del familiar de las reclamantes, el 1 de mayo de 2022, de modo que la reclamación, interpuesta el 14 de diciembre de 2022, habría sido formulada en plazo.

En relación con el procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe de los servicios implicados en el proceso asistencial del paciente. Consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente. Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a las reclamantes, sin que conste la formulación de alegaciones por su parte.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, que ha sido remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

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

TERCERA.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, constituye un requisito básico para promover una reclamación de responsabilidad patrimonial, la legitimación activa de, ente caso, las reclamantes.

Ha quedado expuesto que las reclamantes, en su condición de herederas del paciente, posteriormente fallecido, parecen reclamar, en principio, y así se refleja en su escrito, no por el daño moral que les ha ocasionado el fallecimiento de su familiar, sino por el supuesto *“daño iatrogénico padecido por su familiar, como consecuencia directa de haberse dejado olvidado en el lecho quirúrgico una compresa, lo que obligó a tener que intervenir de urgencia al paciente, a fin de proceder a la extracción de la misma”*.

Ello nos obliga a examinar la cuestión de la transmisibilidad mortis causa del derecho al resarcimiento de los daños personales (físicos, psíquicos o morales) eventualmente causados al finado, a sus herederos. Cuestión que si bien dista de ser pacífica en nuestro derecho, ha sido objeto de reciente pronunciamiento por esta Comisión Jurídica Asesora en su dictamen 47/23, del 2 de febrero de 2023, en el que no obstante, las dudas surgidas en esta materia a raíz de la Sentencia de 31 de octubre de 2022 de la Sección Décima, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, viene a ratificarse en rechazar la transmisibilidad *iure hereditatis* del derecho al resarcimiento de los daños personales, en línea con lo previamente señalado en sus dictámenes de 285/16, de 7 de julio, y 201/17 de 18 de mayo.

Señalábamos en el dictamen de 2 de febrero de 2023 que *«A juicio de este órgano consultivo, el derecho al resarcimiento de la lesión por daños personales es un derecho de crédito intuitu personae que solo lo puede reclamar el titular lesionado. Si fuera un derecho de crédito sin más, sería transmisible tanto inter vivos como mortis causa, de conformidad con el*

artículo 1112 del Código Civil, que establece que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación, en este caso una obligación extracontractual, “son transmisible con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”. El derecho de crédito intuitu personae no es transmisible por acto inter vivos. (...).

En este mismo sentido, la propia STS 141/2021 dice que el derecho al resarcimiento del daño, lo adquiere el lesionado desde que lo sufre y queda integrado en su patrimonio, “susceptible de ser transmitido a sus herederos”. Esto significa que no todos los derechos de crédito intuitu personae para el resarcimiento del daño personal son transmisibles a sus herederos, sino que solo son transmisibles aquellos en los que el alcance del daño se haya determinado bien por una reclamación o un informe pericial como concluye que la STS 141/2021:

“Por consiguiente, el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por éstos como perjudicados por su fallecimiento”.

Criterio posteriormente seguido en el dictamen 68/23, de 9 de febrero.

En línea con lo expuesto, viene a pronunciarse la Sentencia de 17 de abril de 2023, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Décima, al señalar en relación al particular que nos ocupa *«por eso, no es posible considerar que don tenga, en calidad de perjudicado, un derecho originario y propio a la indemnización del daño moral que le haya podido causar personalmente el defecto apreciado en los consentimientos informados y la falta de tratamiento del paciente en la Unidad del Dolor.*

Tampoco tiene un derecho adquirido “iure hereditatis”, porque don y doña no formularon reclamación administrativa, de manera que

no pudieron transmitir esa acción “mortis causa”, al no haberla ejercitado en vida».

Así las cosas, toda vez que el fallecimiento del paciente se produjo sin haber ejercitado el derecho al resarcimiento de los daños que se le entendían causados, ni haberse determinado el alcance del daño, dicho derecho ha de entenderse extinguido con su fallecimiento, sin que sea por tanto posible su ejercicio por sus herederas, actuales reclamantes en las actuaciones que nos ocupan.

Por otro lado, las reclamantes también reprochan que, entre la documentación entregada por parte del SERMAS como historial clínico de su familiar, no consta incorporado el preceptivo documento de consentimiento informado suscrito por el paciente, mediante el cual se cumplimentara la obligación legal de informar al paciente sobre los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica a practicar.

Al respecto, y si bien la Inspección Sanitaria reconoce tal omisión en su informe, cabe recordar que, tal y como viene señalando esta Comisión Jurídica Asesora (dictámenes 485/20, de 27 de octubre y 135/24, de 14 de marzo, entre otros muchos), los familiares no tienen derecho a reclamar sobre el documento de consentimiento informado y por la falta de información dada a su familiar fallecido, ya que se trata de un derecho personalísimo del propio paciente, que únicamente a él afecta, para haber decidido someterse a un tratamiento u operación concreta.

En cuanto a la consideración de la falta del documento de consentimiento informado como un daño personalísimo, esta 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 (en adelante, Ley 41/2002), según el cual el titular del derecho a la información es el propio paciente. También el Tribunal Constitucional consideró en su

Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, 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. Y ello porque el consentimiento informado supone *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud”* en los términos del artículo 3 de la Ley 41/2002.

Por último, es preciso destacar que, en todo caso, los informes obrantes en el expediente descartan la existencia de una relación de causalidad entre el olvido de la compresa quirúrgica tras la intervención y el posterior fallecimiento del causante, sin que las reclamantes hayan aportado alguna al respecto. En este sentido, la Inspección Sanitaria refiere en su informe que se trataba de un paciente *“con patología cardiaca MUY SEVERA, además de patología pulmonar y renal (también hepática, pero de menor entidad). De la lectura de la documentación completa que constituye este expediente, se desprende que en el Hospital Universitario Central de Asturias (hospital correspondiente a su lugar de residencia, donde llevaban su caso) probablemente habían informado a la familia de la no indicación, a su juicio, de realizar nuevos tratamientos quirúrgicos por tratarse de una cardiopatía terminal”*, lo que le lleva a concluir que *“no cabe atribuir ni relacionar el fallecimiento del Sr... con la asistencia prestada por el Hospital Clínico San Carlos a lo largo de tres meses de ingreso y otro mes de consultas y tratamientos ambulatorios. El paciente falleció por una complicación de su patología de base, sin relación alguna con lo ocurrido durante su asistencia en el Hospital Clínico San Carlos”*.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Comunidad de Madrid por falta de legitimación activa de las reclamantes y por no existir, en todo caso, nexo causal entre los daños reclamados y el funcionamiento de los servicios públicos.

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 septiembre de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 546/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid