

Dictamen n^o: **576/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.10.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 19 de octubre de 2011, sobre consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por M.P.H. sobre responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de su esposo P.T.H., que atribuye a la deficiente asistencia sanitaria dispensada por parte del Hospital Gregorio Marañón, al considerar que no fue debidamente tratado del linfoma de Hodgkin que padecía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el consejero de Sanidad, mediante oficio de 15 de julio de 2011, registrado de entrada el día 22, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 19 de octubre de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, en formato cd, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Mediante escrito presentado en el servicio de correos el día 12 de febrero de 2010 y dirigido al servicio de atención al paciente del Hospital Gregorio Marañón, la interesada cursa reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria al considerar que el fallecimiento de su esposo fue consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria dispensada por parte del Hospital Gregorio Marañón. Considera la reclamante que desde que *“fue diagnosticado y tratado”* en mayo de 2008 y hasta la fecha de su fallecimiento, el 14 de febrero de 2009, *“se han cometido varias negligencias médicas, serie de errores, que le han causado una gran invalidez y el fallecimiento. Eran enormes los daños físicos y psíquicos para él y para nosotros, sus familiares”*.

Solicita *“que se reconozca la existencia de los daños producidos-gran invalidez y fallecimiento”* y *“que se reconozca como valoración del daño producido consecuencia del funcionamiento del servicio público una indemnización por cuantía de 425.000 euros”*.

Acompaña a su reclamación diversa documentación médica (informes clínicos y de urgencias, protocolo de intervención, hojas de servicio y análisis clínicos, entre otros) y dictamen propuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social de gran invalidez, a favor del perjudicado.

La reclamación cursa sin reflejar la firma de la interesada, por lo que el 25 de febrero de 2010 se requiere a la misma para que subsane el error, notificándose el 3 de marzo. Con fecha 18 de marzo de 2010, el requerimiento es cumplimentado.

De la documentación clínica que obra en el expediente se desprende lo siguiente:

El paciente, nacido el 13 de noviembre de 1961, fumador y estudiado en 2003 con tomografía axial computerizada (TAC) por infecciones respiratorias de repetición, en octubre de 2007 comenzó con fiebre, hasta 38°C, y sintomatología general. Fue atendido por su médico de cabecera, considerándose el cuadro sugestivo de síndrome mononuclear. Se realizaron serologías que fueron positivas para VEB (Virus de Epstein-Barr) (no se especifica inmunoglobulina), y negativas para CMV (Citomegalovirus) y VIH (Virus de la Inmunodeficiencia Humana). A partir de enero de 2008 la fiebre cedió, presentando ocasionalmente 37,5°C, pero continuando con mucha astenia, anorexia y pérdida progresiva de peso (10 kilogramos en seis meses). El paciente no había percibido crecimiento ganglionar rápido, refiriendo que tenía ganglios cervicales desde hace años. Con anterioridad al ingreso presentaba alteraciones sensitivas y motoras en las extremidades superiores, sobre todo en la derecha.

El paciente ingresó en el Servicio de Medicina Interna 1 del Hospital Gregorio Marañón el día 5 de mayo de 2008 para estudio de síndrome constitucional de varios meses de evolución, evidenciándose un conglomerado adenopático en la región cervical derecha. Se solicitó biopsia, TAC, analítica y Mantoux.

Al día siguiente, se le realizó biopsia de conglomerado adenopático supraclavicular derecho que se informó: *“Infiltración ganglionar generalizada por un linfoma Hodgkin clásico, celularidad mixta, asociado al VES”*.

El TAC torácico-abdominal mostró: *“Adenopatías laterocervicales derechas y supraclaviculares, con intensa captación de contraste y un eje corto de hasta 2,3 cm. En la cavidad torácica no se observan adenopatías y únicamente llama la atención una imagen nodular milimétrica en LSD inespecífica. En la cavidad abdominal se observan múltiples lesiones sólidas, hipodensas hepatoesplénicas. Conclusión: Adenopatías*

laterocervicales y supraclaviculares derechas y múltiples lesiones sólidas hepatoesplénicas, a valorar posible proceso linfoproliferativo”.

Se realizaron TAC y tomografía por emisión de positrones (PET) en el Hospital La Paz, pruebas de las que resultó: *“captación de alta intensidad cervical derecha, en hilio pulmonar derecho, así como 4 lesiones hipercaptantes en bazo y múltiples lesiones hipercaptantes hepáticas”.*

Con el diagnóstico de linfoma de Hodgkin tipo celularidad mixta estadio IV-B fue trasladado a la planta de Hematología el día 12 de mayo de 2008.

El paciente presentaba intenso síndrome constitucional, pérdida de peso y caquexia. Refería debilidad generalizada, mayor en miembro superior derecho.

Comenzó tratamiento quimioterápico estándar, tipo ABVD, el día 14 de mayo de 2008, siendo dado de alta dos días después, el 16 de mayo.

Tras la dosis de quimioterapia, el paciente seguía presentando intensa caquexia, atrofia muscular generalizada, y pérdida progresiva de fuerza en las cuatro extremidades, cuadro compatible con polineuropatía paraneoplásica, solicitándose valoración urgente por Neurología.

Ingresó en el Servicio de Neurología el 12 de junio de 2008. Al paciente se le realizó estudio neurofisiológico (polineuropatía sensitivo-motora de grado severo axonal con afectación predominante en miembros superiores) y TAC craneal, que fue normal. El juicio diagnóstico fue de polineuropatía sensitivo motora, asociada a su linfoma de Hodgkin.

Durante el ingreso, el 27 de junio de 2008 continuó con el tratamiento quimioterápico, segunda parte del segundo ciclo. Se asoció tratamiento con dosis altas de inmunoglobulinas intravenosas, y Rituximab, como terapia

inmunosupresora con intención de mejorar la polineuropatía paraneoplásica.

El 10 de julio de 2008, se pautó el tercer ciclo de quimioterapia, comenzando el 11 de julio de 2008.

Finalizados los tres ciclos de quimioterapia se realizó TAC de evaluación, el 31 de julio, que informa: *“Mejoría radiológica con desaparición de adenopatías y lesiones focales hepatoesplénicas”*.

En la gammagrafía con Galio 67 (1 y 4 de julio de 2008) no se evidenciaron captaciones patológicas. En las anotaciones del 24 de julio se señala en el juicio clínico la existencia de linfoma de Hodgkin, polineuropatía severa, caquexia severa y atrofia muscular.

El paciente acudió a Urgencias por debilidad extrema el 5 de agosto de 2008. Previamente había estado con diarrea debido a la ingesta de Plantaben y enemas, pautados para la realización de unas pruebas. El diagnóstico al ingreso fue hipopotasemia severa, alcalosis metabólica e íleo paralítico asociado a hipopotasemia, de lo que fue atendido. Durante el ingreso se objetivó neumonía basal derecha.

Al continuar con gran dilatación de colon y estreñimiento, se revisó el TAC de mayo de 2008, encontrando que ya presentaba dilatación de asas intestinales, por lo que se pensó que era secundario a su polineuropatía.

Durante el ingreso se efectuó electromiograma: polineuropatía sensitivo-motora de tipo axonal y de grado muy severo, apreciándose con respecto al estudio previo un empeoramiento significativo. Ante la ausencia de respuesta al tratamiento inmunosupresor administrado hasta entonces (tres ciclos de Rituximab y dos tandas de dosis altas inmunoglobulinas, además de la quimioterapia específica frente al tumor) se asociaron esteroides y Mestinon. Fue dado de alta el 3 de septiembre de 2008.

Tras el alta se valoró en sesión clínica la necesidad de continuar con el tratamiento quimioterápico específico tipo ABVD (Adriamicina, Bleomicina, Vinblastina y Dacarbacina). Se decidió que el mal estado general del enfermo impedía continuar hasta los seis ciclos de quimioterapia necesarios para considerar el tratamiento como completo.

En el TAC realizado el 3 de noviembre de 2008, no se observan cambios, salvo una pequeña alteración pulmonar (pequeña consolidación LSD).

El 3 de diciembre de 2008, el paciente sufrió en su domicilio una parada cardiorrespiratoria, ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) donde permaneció hasta el 2 de enero de 2009.

Durante el ingreso presentó sepsis y neumonía nosocomial por estafilococo aureus meticillin sensible, así como íleo adinámico. Requirió ventilación mecánica prolongada. Por la insuficiencia respiratoria secundaria a su enfermedad neuromuscular fue necesario realizar traqueotomía el día 16 de diciembre de 2008. Continuó recibiendo esteroides e inmunoglobulinas.

Desde el alta en la UCI, continuó ingresado en la planta de Neurología. Hasta entonces, la polineuropatía paraneoplásica no había respondido al tratamiento del tumor, ni a terapia inmunosupresora incluyendo esteroides, inmunoglobulinas y Rituximab. El cuadro había progresado hasta provocar imposibilidad para los movimientos respiratorios, requiriendo oxigenoterapia a través de traqueotomía; imposibilidad para la deambulación; necesidad de nutrición enteral por sonda nasogástrica además de sonda rectal de descarga por íleo adinámico permanente.

De forma consensuada entre los servicios de Neurología y Hematología se decidió instaurar tratamiento con bolos de ciclofosfamida cada cuatro

semanas, como cuarta línea de tratamiento inmunosupresor, asociado a esteroides, con intención de frenar el avance de la polineuropatía.

El día 8 de enero de 2009 recibió la primera dosis de 1 gramos de ciclofosfamida. Reingresó en la UCI el día 11 de enero, por dificultad respiratoria y nueva consolidación neumónica, requiriendo de nuevo ventilación mecánica.

Volvió a la planta de Neurología el 17 de enero. Se mantuvieron la antibioterapia, y las medidas de soporte ya mencionadas. Además, ante la refractariedad a los tratamientos inmunosupresores frente a su polineuropatía, se realizaron sesiones de plasmaféresis los días 22, 23 y 26 de enero, y se repiten el 30, 2 y 4 de febrero.

El 6 de febrero recibe la segunda dosis de ciclofosfamida, de 750 mg. No se objetivó ninguna mejoría de su sintomatología general y neuromuscular con este tratamiento.

Reingresó nuevamente en la UCI por insuficiencia respiratoria que requirió de nuevo ventilación mecánica el 10 de febrero de 2009. Se objetivó neumonía bilateral con documentación de 4 pseudomona aeruginosa resistente a meropenem y *Corynebacterium* sp en broncoaspirado.

A pesar del tratamiento de soporte y el antibiótico según antibiograma, el paciente empeoró, desarrolló un shock séptico secundario, pancitopenia, fracaso hemodinámico y fracaso renal, falleciendo el día 14 de febrero de 2009.

TERCERO.- Por los hechos que anteceden se ha incoado el correspondiente expediente por responsabilidad patrimonial de la Administración de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del citado Real Decreto, se han solicitado por el órgano instructor los informes preceptivos de los Servicios médicos presuntamente causantes del daño, incorporándose al expediente, la historia clínica e informes del Hospital Gregorio Marañón (folios 80 a 902), donde constan entre otros documentos diversos consentimientos informados.

Consta también en el expediente el informe del jefe de Servicio de Medicina Interna I de 15 de abril de 2010 e informes clínicos y asistencia hospitalaria de 3 de septiembre de 2008 (folios 76 a 79).

Se ha incorporado al expediente un informe firmado por cuatro especialistas del Hospital Gregorio Marañón, que en documento sin fechar, emiten el siguiente juicio clínico (folio 903 a 905):

“Linfoma de Hodgkin estadio IV-B.

Polineuropatía sensitivo motora axonal de grado severo asociada a linfoma de Hodgkin, progresiva y sin respuesta ni al tratamiento específico del tumor, ni a cinco líneas de tratamiento inmunosupresor (inmunoglobulinas, esteroides, rituximab, ciclofosfamida y plasmaferesis.)

Tres ingresos en UCI por insuficiencia respiratoria y neumonías de repetición.

Neumonía bilateral por Pseudomona aeruginosa resistente a meropenem.

Fracaso multiorgánico.

Exitus”.

La Inspección Médica con fecha 4 de febrero de 2011 (folios 907 a 914), concluye:

“7.1. D. [el fallecido] presentó un linfoma de Hodgkin tipo celularidad mixta estadio IV-B. En el momento de su fallecimiento estaba en remisión completa.

7.2. La causa de su fallecimiento fue una polineuropatía sensitivo motora, asociada a su linfoma de Hodgkin (Síndrome paraneoplásico), que provocó caquexia grave, debilidad extrema generalizada con pérdida extrema de fuerza muscular, incluyendo los músculos respiratorios.

7.3. La atención médica prestada se ajusta a los conocimientos y prácticas actuales”.

En cuanto al procedimiento, se han cumplido los trámites establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP cuya constancia de recepción obra en el expediente (folios 916 a 920). Dentro del plazo establecido, la interesada no ha formulado alegaciones ni aportado nuevos documentos al expediente.

El 20 de junio de 2011 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria. El 13 de julio de 2011 el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad informó la procedencia de desestimar la reclamación.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 39 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

TERCERA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por ser la viuda de la persona directamente afectada por los daños. Ahora bien, la relación de parentesco no ha sido acreditada, tampoco ha sido requerida su acreditación por la instrucción del expediente. Ello constituye una deficiencia en la tramitación, ya que de conformidad con el artículo 71.1 es obligación de la Administración requerir al interesado para que subsane los defectos de la solicitud, lo que en este caso no ha sucedido en relación al defecto de acreditación del parentesco, necesario para establecer la legitimación activa de la reclamante. Por ello es pertinente que la instrucción del expediente requiera a la interesada la documentación pertinente acreditativa de este extremo.

Es preciso, sin embargo, realizar una matización en cuanto a la legitimación activa de la reclamante. En la reclamación, además de por el daño por el fallecimiento del paciente, se reclama por daños físicos sufridos por este, como serían la lesión neuronal supuestamente ocasionada por biopsia y la hipopotasemia e íleo paralítico a causa de haberle administrado laxantes sin considerar su problemas de distensión intestinal. Ahora bien, carece la reclamante de legitimación para reclamar por los padecimientos sufridos por su familiar, pues al tener un carácter personalísimo solo quien los padece tiene acción para reclamarlos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004 (Recurso 7002/2000) establece que *“No se solicita por quienes ejercen esta acción que se repare el perjuicio que derivó para ellos del fallecimiento del ser querido sino que lo que se pretende que se repare es el pretium doloris que aquél experimentó durante el tiempo que transcurrió entre que se le diagnosticó la enfermedad y su muerte.*

No es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica, y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad que le fue transmitida. Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral, e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización, los beneficiarios de ella in iure proprio, que no como herencia puesto que la indemnización no habría alcanzado a integrarse en el caudal hereditario, y, aun si así fuese, quienes tuvieran derecho a ella lo tendrían por el título de convivencia y afectividad más que por el de herederos propiamente dicho.

El daño moral que por la muerte de su hijo y hermanos pudieron reclamar los recurrentes ya les fue reconocido por la Sentencia en su momento”.

En consecuencia, en relación a los daños físicos sufridos por el paciente la legitimación pasiva queda circunscrita únicamente al daño moral y el sufrimiento de la reclamante causado por ver sufrir a su familiar, pero queda descartada en lo que respecta al sufrimiento del enfermo.

Concurre legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al encontrarse el Hospital Gregorio Marañón integrado en la red pública sanitaria del Servicio Madrileño de Salud.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”.*

En el caso sometido dictamen son varias las actuaciones médicas objeto de reproche:

- En primer lugar, la reclamante expone que una biopsia realizada en mayo de 2008 para diagnosticar el linfoma de Hodgkin que padecía su esposo le provocó una lesión neuronal a resultas de la cual el enfermo no podía mover el brazo derecho. Fundamenta esta afirmación en un informe de 11 de febrero de 2009 en el que consta *“hemiplejia ESD iatrogénica postpunción adenopatía”*. Aún tomando esta fecha como *dies a quo*, pese a que en la historia clínica la falta de movilidad braquial del esposo se evidenció mucho antes (estudio neurofisiológico de 12 de junio de 2008), esta lesión quedaría fuera de plazo en la reclamación formulada el 12 de febrero de 2010.

- Otro reproche formulado es que pese a la distensión intestinal que el enfermo sufría como consecuencia de la neuropatía neoplásica, se le indicó una prueba de galio para la que hubo de administrarle laxantes (Plantabén y enema Casen), que le provocaron hipopotasemia e íleo paralítico. Estos hechos acaecieron en julio de 2008 por lo que también habrían prescrito en la fecha de interposición de la reclamación.

Se examina la prescripción de estos daños, pese a tener el carácter de personalísimos, puesto que la reclamante vincula a ellos un daño moral al expresar: *“Eran enormes los daños físico y psíquicos para él y para nosotros, sus familiares”*.

- Por último, la interesada reclama que cuando se le administró al enfermo quimioterapia el 6 de febrero de 2009 ya había en sus analíticas previas indicios de infección y que la supresión de defensas causada por esa quimioterapia favoreció que su esposo adquiriese una neumonía y falleciese el 14 de febrero. Además, literalmente expresa: *“ningún médico se ha pasado por su cama para verle o hablar conmigo sobre las posibles consecuencias el día de la administración de la quimioterapia”*. La reclamante vincula así el fallecimiento del enfermo a la neumonía adquirida, según su criterio, a causa de la inmunodepresión ocasionada por la quimioterapia y no a los fallos respiratorios que le producía el linfoma Hodgkin. La muerte del paciente acaeció el 14 de febrero de 2009 por lo que respecto del daño moral sufrido por su esposa cabe considerar que la reclamación formulada el 12 de febrero de 2010 ha sido interpuesta en plazo.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación aplicable. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 LRJ-PAC.

CUARTA.- Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado 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) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

QUINTA.- Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

En el caso que nos ocupa está acreditado el fallecimiento de una persona, mediante informe médico, que provoca un *“daño moral cuya existencia no*

necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 –recurso 7013/2000– y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–) 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. No habiéndose reclamado ni acreditado la dependencia económica de la reclamante respecto del finado, el daño se circunscribe al estrictamente moral.

SEXTA.- Es necesario valorar si la intervención sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia “*a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente*” (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 –recurso 6/7915/03–, 7 de marzo de 2007 –recurso 6/5286/03–, 16 de marzo de 2005 –recurso 6/3149/01–), o lo que es lo mismo, no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

Podemos resumir diciendo que no es exigible una actuación administrativa más allá de la buena práctica médica, *lex artis ad hoc*.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público,

introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de noviembre de 2000, recuerda: *"Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano"*.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004, señala: *"lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis"*.

Resulta ello relevante por la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración, a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder sólo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

SÉPTIMA.- Alega la reclamante que existió una deficiente asistencia sanitaria y que no se informó de los posibles efectos adversos de la quimioterapia en relación con la bajada de defensas que la misma podía implicar y que ello contribuyó a la admisión de la neumonía por su esposo, la cual resultó fatal.

El informe de la Inspección Médica en sus consideraciones expone:

“La parada cardiorespiratoria sufrida, así como los cuadros respiratorios se encuadran en la propia polineuropatía que presentó. No puedo valorar la información proporcionada a sus familiares, ni la forma en que se proporcionó, por no existir datos al respecto, solo la queja de la esposa del fallecido”. Finalmente concluye: “D. [el paciente] presentó un linfoma de Hodgkin tipo celularidad mixta estadio IV-B. En el momento de su fallecimiento estaba en remisión completa. La causa de su fallecimiento fue una polineuropatía sensitivo motora, asociada a su linfoma de Hodgkin (Síndrome paraneoplásico), que provocó caquexia grave, debilidad extrema generalizada con pérdida extrema de fuerza muscular, incluyendo los músculos respiratorios. La atención médica prestada se ajusta a los conocimientos y prácticas actuales”.

Sin embargo, el informe de alta por *exitus* (folios 57 y 58) establecen como juicio clínico: *“Insuficiencia respiratoria global secundaria a bronconeumonía bilateral nosocomial por pseudomona aeruginosa. Shock séptico secundario. Fracaso hemodinámico y fracaso renal, con hiperlactacidemia. Neutropenia severa no recuperada. Linfoma Hodgkin. Enfermedad neuromuscular severa refractaria a tratamiento con Ig y plasmaféresis que condiciona debilidad generalizada, paraparesia severa e hipoventilación. Insuficiencia respiratoria crónica. Múltiples episodios de sobreinfección pulmonar. Traqueostomía. Parada cardíaca recuperada sin secuelas neurológicas, que motivó el último ingreso hospitalario en diciembre de 2008”.*

En definitiva, este informe de *exitus*, a diferencia del informe de la Inspección, vincula el shock séptico del paciente a la neumonía nosocomial.

Ante la imposibilidad de determinar, a la vista de informes contradictorios, la causa del fallecimiento del enfermo, es preciso recordar que aunque, de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba en materia de responsabilidad patrimonial, salvo circunstancias concretas que no

vienen al caso, recae sobre quienes la reclaman (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000-, entre otras), la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (Recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre de 2007 (Recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2008 (Recurso nº 3800/04). A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2008 (Recurso nº 3768/04) requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad.

En este caso, por parte de la Administración actuante ofrece una explicación plausible y lógica respecto del fallecimiento del paciente: los problemas respiratorios derivaron de la parálisis producida por su enfermedad. Pero ello resulta contradictorio con el informe médico de *exitus*. Ante lo cual, resulta de aplicación el principio de la “*facilidad de la prueba*”, antes citado y establecido por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, acreditado el daño por la reclamante, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido, que en el presente caso solo se hubiera producido si el informe de la Inspección hubiera expuesto, como tuvo ocasión de hacer, pero no hizo, las razones en cuya virtud la neumonía pudo ser ocasionada por el linfoma Hodgkin.

OCTAVA.- Puesto que la Administración sanitaria no ha establecido la relación de causalidad de la neumonía sufrida por el enfermo con el linfoma, adquiere relevancia el reproche de falta de información sobre los

efectos de la quimioterapia ya que la neumonía podría traer causa de la inmunodepresión inherente a la citada quimioterapia.

No existe para este tratamiento documento de consentimiento informado en el expediente y sobre este extremo el médico inspector expresa que: *“No puedo valorar la información proporcionada a sus familiares, ni la forma en que se proporcionó, por no existir datos al respecto, solo la queja de la esposa del fallecido”*.

De acuerdo con la doctrina de este Consejo Consultivo sobre la ausencia de consentimiento informado, fijada en el reciente dictamen 483/11, de 14 de septiembre: *<<En relación con el consentimiento informado, cabe señalar que la necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, viene impuesta legalmente en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica. Más adelante, el artículo 8.1 de la misma Ley dispone sobre el consentimiento informado que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Añade el apartado 2 del mismo artículo: “El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*.

En punto a la forma de prestar el consentimiento, el apartado 3 del mismo precepto legal se pronuncia en los siguientes términos: “El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a

salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”. (...)

Al respecto de la constancia escrita del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005 señala que “La exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor «ad probationem» (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000; 10 de febrero de 2004), habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que «al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los números 5 y 6 del artículo 10 la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos...”.

Respecto de la prueba de la prestación del consentimiento informado en la forma debida, en aplicación de la doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria, recogida en el artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, “es a la Administración a quien correspondía demostrar que la paciente fue informada de los riesgos de la operación (hecho positivo) y no la paciente la que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información (hecho negativo)” [SSTS – Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a- de 28 de junio de 1999 (recurso de casación n^o 3740/1995) y de 25 de abril de 2005 (recurso de casación n^o 4285/2001)].

En definitiva, la doctrina anterior, exige que sea el médico –en nuestro caso, la Administración Sanitaria- “quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención, como establece la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998; 19 abril 1999; 7 marzo 2000 y 12 enero 2001), y que hoy se resuelve a tenor de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge estos criterios jurisprudenciales” (vid. STS de 29 de septiembre de 2005, citada supra). (...)

Recientemente, nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a), con cita de la de 16 de enero de 2007, sostiene, respecto de la carga de la prueba de la prestación y suficiencia del consentimiento del paciente que “(...) la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)”. El incumplimiento de brindar información suficiente al paciente, y la consiguiente omisión del consentimiento informado, constituye una mala

praxis, como viene entendiendo el Tribunal Supremo. A este respecto, podemos citar las sentencias más recientes de nuestro Alto Tribunal. (...)

Por último, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, enjuiciando la denuncia del demandante de vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]), en relación con los derechos a la integridad física y a la libertad (arts. 15 y 17.1 CE), por habersele denegado el derecho a ser indemnizado por la pérdida funcional total de la mano derecha como consecuencia de la realización de un cateterismo cardiaco, sin que se le hubiese informado de los riesgos de la intervención ni se hubiese recabado su consentimiento para la práctica de la misma, se pronuncia concediendo el amparo solicitado por entender que la asistencia recibida por el demandante no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE [RCL 1978, 2836]). En la referida sentencia el Tribunal Constitucional señala que “De acuerdo con lo expuesto, podemos avanzar que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal

(STEDH de 29 de abril de 2002 [TEDH 2002, 23], caso Pretty c. Reino Unido, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio [RTC 2002, 154], F. 9).

Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental...”

De los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes, resulta que se viene considerando que la omisión del deber de suministrar la información debida al paciente, en los términos recogidos en nuestra legislación,

constituye un supuesto de mala praxis, o una infracción de la lex artis, que puede irrogar, si concurren el resto de los requisitos, un daño moral a quien lo sufre, susceptible de indemnización>>.

La ausencia de consentimiento informado en el presente caso constituyó una infracción de la *lex artis* que pudo ocasionar al fallecido un daño moral, la cuestión es si dicho daño moral sería también predicable respecto de su esposa.

A este respecto hemos de responder afirmativamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.3.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del paciente, en cuya virtud:

“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

En el caso sometido a dictamen constan diversos documentos de consentimiento informado suscritos por la esposa del paciente:

- Canalización de vía central el 7 de agosto de 2008.
- TC el 3 de noviembre de 2008
- Traqueostomía el 15 de diciembre de 2008.

La existencia de estos documentos por los que la reclamante consentía diversos tratamientos para su esposo evidencia que el enfermo se encontraba en el supuesto previsto en el precepto citado, siendo a su esposa a quien le correspondía, por lo tanto, prestar consentimiento y, por eso

mismo, siendo a ella a quien se privó de la posibilidad de decidir sobre el tratamiento a recibir por su esposo, ocasionándole un daño moral derivado de la falta de autonomía de la voluntad sobre el tratamiento de quimioterapia administrado.

NOVENA.- La indemnización debe resarcir el daño moral derivado de la frustración del derecho a la autonomía de la voluntad ocasionado a la esposa del fallecido.

En cuanto a la valoración de este daño, se ha de recordar el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia nº 213/2008, de 26 de febrero (RJCA 2008/247) *“Debemos, por tanto, fijar una indemnización por el daño moral padecido por la actora por esta ausencia de información, con la dificultad que ello siempre entraña, indemnización que no puede equipararse a la que le hubiera correspondido por los diversos daños que en la demanda se describen, pues dichos daños, como hemos argumentado, no son susceptibles de ser indemnizados por no ser daño antijurídico ni guardar, tampoco, relación causal alguna con la ausencia del consentimiento informado”*.

Para ponderar la indemnización a satisfacer, deben tenerse en cuenta dos cuestiones que hemos señalado repetidamente, que la paciente conocía la gravedad de su estado y que la opción quirúrgica era la única posible en el contexto de su enfermedad. Puede citarse a *sensu contrario*, al objeto de valorar el daño moral causado, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 diciembre 2004, JUR 2005\222189, cuando señala que *“Por esta razón, en esta clase de supuestos en los que ni existe urgencia, ni consta acreditado que el tratamiento sea único y exclusivo, ni consta que no pudiera, incluso, prescindirse de la intervención, parece claro que la relevancia de las exigencias del derecho a la información de los pacientes es mucho mayor”*, luego tales exigencias serían menores cuando sí consta que el

tratamiento es único y además existe un consentimiento informado firmado respecto de la anestesia para la intervención practicada.

Esta menor exigencia, junto con los antecedentes de la paciente antes indicados, permiten a este Consejo en atención al criterio indicado en la sentencia más arriba citada atemperar el importe de la indemnización que correspondería satisfacer por daño moral, considerando que la misma debe ascender a 3.000.-€.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación por responsabilidad patrimonial, e indemnizar a la reclamante con 3.000.-€.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 19 de octubre de 2011