

Expediente Núm. 123/2013
Dictamen Núm. 159/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 25 de julio de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 5 de junio de 2013, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por la asistencia dispensada a su padre en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 24 de enero de 2012, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño derivado de soportar el sufrimiento de su padre debido a los efectos secundarios de la aplicación de “los ciclos de medicación BCG”, de los que no había sido informado, y por la falta de tratamiento de los mismos que desembocó en su muerte.

Señala que su padre acude a consultas de Urología del Hospital "X" "refiriendo encontrarse mal desde hacía días y, tras una evaluación (...) en la que no tenemos constancia de que se hubiera realizado ninguna prueba diagnóstica (...), se le prescribe medicación antibiótica con remisión a domicilio, todo esto a pesar de que había tenido que suspender los ciclos de medicación BCG por intolerancia y efectos adversos./ Al día siguiente (19 de enero de 2011) el paciente acudió a Urgencias, desde donde fue remitido a la UVI, evolucionando posteriormente hasta la muerte".

Afirma que "se trataba de un paciente con, al menos, intolerancia al tratamiento que se le estaba aplicando, puesto que no pudieron seguirse las pautas programadas desde un principio por esta causa -estaban programadas para los días 17-12-2010, 28-12-2010, 11-01-2010 (*sic*), 18-01-2010 (*sic*) y 25-01-2010 (*sic*), y el día 11-01-2010 (*sic*) ya no se la pusieron-". Añade que "era conocido que el citado tratamiento tenía como posibles efectos secundarios una toxi-infección con posibles repercusiones graves; no hay constancia de que se hubiera firmado el documento de consentimiento informado (...). Lo que se reclama es una insuficiente atención ante un estado clínico grave del paciente el día 18-01-2011, que no fue valorado en su justa medida". Manifiesta que "no se utilizaron los recursos diagnósticos (...) ni terapéuticos (no se le ingresó, únicamente se le remitió a su domicilio), por cuya causa se le privó de la oportunidad de que pudiera haberse evitado la situación que posteriormente desembocó en la muerte".

Entiende que "se ha cometido un error médico por el que el paciente y su familia tuvieron que soportar el sufrimiento del enfermo hasta su fallecimiento y por el que solicitan explicaciones del responsable y resarcimiento".

Cuantifica la indemnización en un importe total de sesenta mil euros (60.000,00 €).

Adjunta, entre otros, los siguientes documentos: a) Informe del Servicio de Urología -Oncología- del Hospital "X", en el que consta como diagnóstico "T. vesical. Alto grado. BCG intracavit" y como tratamiento Levofloxacino 500 mg

“hoy, para continuar después con 125 mg (...) durante 10 días”. b) Informe del Área de Urgencias del Hospital “Y”, de 19 de enero de 2011, en el que se indica que acude por cuadro de aproximadamente “20 días de evolución”. c) Informe de alta de hospitalización del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital “Z”, de 31 de enero de 2011, por exitus, tras un ingreso el día 19 del mismo mes por “sepsis” procedente del Hospital “Y”. Constan, entre otros antecedentes personales, RTU vesical en noviembre de 2010 y tratamiento con instilaciones periódicas de BCG. En enfermedad actual se señala que “el día 28-12-2010, tras instilación vesical de BCG (menos de dos horas tras la intervención), comienza con un cuadro de malestar importante, fiebre que llega a 38º C (...), gran sensación de mareo y durante 2 días desorientación que luego mejora, persistiendo la fiebre (...), sensación de disnea, sin más tos ni expectoración./ El 10-01-2011 nueva cita para instilación intravesical que no se administra por la situación clínica del paciente (fiebre), se realiza analítica y Rx, parece ser que todo normal (resultados hace 72 h), se etiqueta de cuadro gripal ??? y se le recomienda tomar un antibiótico./ Persiste el malestar general y la fiebre que cede con paracetamol. Esta mañana, al levantarse, caída sin pérdida de conciencia, por lo que acude” al Hospital “Y”. Consta exploración física y pruebas complementarias. En evolución y comentarios se consigna que ingresa “como posible cuadro séptico de origen desconocido (...), pronto se descubre que ha sido tratado con BCG intravesical, atribuyéndose todo el cuadro que presenta a una reacción tóxica infecciosa por BCG, comprobándose en PCR de orina positivo para microbacteria. Desde el inicio recibe tratamiento tuberculostático con tres drogas./ La evolución es mala con gran deterioro analítico, hematológico, hepático y de función renal./ Precisa múltiples transfusiones de hemoderivados, soporte hemodinámico con NA./ En los últimos días mayor deterioro de la función renal que hace necesario el inicio de depuración mediante hemofiltración V-V, sin lograr mejoría importante”. En impresión diagnóstica figura, entre otras, “BCGitis reacción tóxica infecciosa al BCG intravesical”.

2. Mediante escrito de 1 de febrero de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria comunica a la reclamante la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa. Asimismo, la requiere para que proceda a acreditar el parentesco que alega.

Con fecha 15 de febrero de 2012, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un certificado de nacimiento del que resulta el parentesco que alega, y fotocopias del testamento y del Libro de Familia del paciente.

3. El día 3 de febrero de 2012, el Inspector de Prestaciones y Servicios Sanitarios designado para elaborar el informe técnico de evaluación solicita una copia de la historia clínica del perjudicado a las Gerencias de Atención Especializada de Langreo, Oviedo y Mieres, que habrá de acompañarse en los dos últimos supuestos de un informe de los Servicios de Urología del Hospital "X" y de Urgencias del Hospital "Y".

Mediante oficios de 9 de febrero y 20 de abril de 2012, el Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital "X" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica urológica del perjudicado y un informe del Servicio de Urología elaborado el 19 de abril de 2012.

En la historia clínica figuran, entre otros, los siguientes documentos: a) Documento de consentimiento informado para resección transuretral de vejiga, en el que consta que "en caso de tumores infiltrantes el tratamiento ha de completarse con otros tipos de cirugía mayor (cistectomía), quimioterapia o radioterapia". b) Informe de Anatomía Patológica, solicitado el 7 de octubre de 2010, en el que se anotan, entre otros diagnósticos, "biopsias de neo vesical con carcinoma urotelial que infiltra lámina propia con áreas de bajo, intermedio y alto grado de malignidad. Hiperplasia papilar y displasia severa". c) Informe de alta del Servicio de Urología, de 11 de octubre de 2010, relativo a un ingreso el

día 6 del mismo mes por "RTU (Hexvix) + BMN", realizada el día 7. Entre los procedimientos quirúrgicos se refleja "mitomicina C posoperatoria" y como diagnóstico "neoplasia vesical". d) Hojas de curso clínico del Servicio de Urología en las que se anota, el 19 de noviembre de 2010, "bien. Asintomático", el resultado de la anatomía patológica, "BCG" y petición de pruebas y, el 18 de enero de 2011, que "lo veo por fiebre, afectación del estado general y afonía; cierta disnea; parece cuadro gripal./ Suspendemos BCG por el momento". Consigna parte de los resultados de las pruebas realizadas, que "no tiene clínica de vía baja" y, como plan, "Suspender BCG./ Levofloxacino./ Si empeora, a Urgencias". e) Informes de los Servicios de Bioquímica Clínica, de Hematología y de Radiodiagnóstico II, solicitados el 11 de enero de 2011 por el Servicio de Urología por fiebre de origen desconocido.

En el informe del Jefe del Servicio de Urología se indica que "a este paciente (...) se le había hecho una Rx de tórax y una analítica. Por otra parte, cuando se les pauta BCG firman un consentimiento informado y (...) era el tratamiento idóneo para su problema vesical. De hecho, no tenía ninguna toxi-infección (...), ya que la analítica era normal. No veo ningún fallo de actuación médica por nuestra parte".

También con fecha 9 de febrero de 2012, el Subdirector de Gestión y Servicios Generales del Hospital "Z" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del perjudicado. Figuran en ella, entre otros documentos, el informe de alta hospitalización aportado por la reclamante y un acta de la que resulta el fallecimiento de su padre el día 31 de enero de 2011.

El día 2 de marzo de 2012, el Gerente del Hospital "Y" remite al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios la historia clínica del paciente y un informe del Servicio de Urgencias.

En la historia clínica obra un informe del Área de Urgencias, de 19 de enero de 2011, en el que consta que acude por un cuadro de aproximadamente "20 días de evolución (28-12-2010), comenzando con mal estado general, fiebre de 38 °C, cervicgia y disfonía", y que en los dos días siguientes presenta

“desorientación (e) incontinencia urinaria y fecal que se corrigió posteriormente”; tratado con paracetamol (...) sin remitir la fiebre; tos con expectoración amarillento verdosa; hemoptoica ayer, disnea de mínimos esfuerzos, oliguria, polaquiuria (...), orina cargada”. Tras referir sus antecedentes en el Servicio de Urología del Hospital “X”, precisa que “acude por la fiebre + astenia, anorexia y postración”. Consta exploración física y neurológica, consulta a (Otorrinolaringología), realización de pruebas analíticas, radiológicas y ECG, y que se llegó a la impresión diagnóstica de “shock séptico (posible origen urinario)./ Fallo hepato-renal agudo”. Se anota que “comentado con la UVI del “Z” aceptan el traslado”.

El día 1 de marzo de 2012, la Directora del Área de Gestión Clínica del Servicio de Urgencias refiere la asistencia dispensada al paciente en los términos anteriores e indica, finalmente, que “la facultativa responsable del caso se puso en contacto con la UVI del Hospital “Z” y este hospital aceptó el traslado del paciente, siendo remitido con una copia del informe de la atención en este Área a ese Servicio a las 15:25 horas en UVI móvil”.

4. Con fecha 7 de mayo de 2012, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él afirma que “los efectos sistémicos más frecuentes de BCG son síntomas gripales (decaimiento, malestar, cansancio, fiebre menor de 38,5 °C) que desaparecen espontáneamente en las primeras 24-36 horas tras la instilación. Menos frecuentemente se pueden observar náuseas, vómitos, dolor en músculos y articulaciones y los efectos mucho menos frecuentes son reacciones alérgicas, hepatitis, neumonitis, poliartritis o coroiditis. El efecto sistémico más severo y afortunadamente muy raro es la sepsis por BCG, que puede ser mortal. En los casos con fiebre de más de 39 °C, si esta no se resuelve con 12 horas de tratamiento con antipiréticos se debe iniciar tratamiento con sustancias antituberculosas (isoniazida 300 mg por día, rifampicina 600 mg por día y etambutol 1200 mg por día durante 3 a 6 meses) por el riesgo de estar en

presencia de una sepsis por BCG y se debería suspender el tratamiento con BCG. La utilización de corticoides (predisona, 40 mg por día) puede estar indicada”.

Concluye que “el paciente fue correctamente estudiado por el Servicio de Urología” del Hospital “X”. Ante la “sospecha de cáncer de vejiga, el tratamiento quirúrgico elegido -RTU vesical-, efectuado previa firma de los oportunos documentos de consentimiento informado, parece también adecuado, confirmándose a la postre el diagnóstico de presunción. El tratamiento posoperatorio con mitomicina C y lavados vesicales parece también el indicado en estos casos, consiguiendo la favorable evolución del paciente”, como lo demuestra el hecho de “que en una posterior revisión este refiriera sentirse bien y asintomático (...). Al tratarse de una neoplasia localizada en la vejiga, bastante superficial y dadas sus características anatomopatológicas era tributaria de tratamiento con seis ciclos de instilaciones vesicales BCG, tratamiento para el que el paciente no presentaba ninguna contraindicación”. Tras el ciclo aplicado el 28-12-2010 “el paciente inició un proceso febril con malestar general y sensación de disnea. Fue valorado en la fecha correspondiente” al ciclo siguiente -10-01-2011- y, “al persistir el cuadro febril, no se aplicó el tratamiento con BCG previsto para ese día, solicitándose estudios analíticos y radiográficos”, por lo que rechaza la alegación de la reclamante relativa a la omisión de pruebas. Precisa que “la analítica mostró una elevación de la VSG y un aumento de creatinina en sangre, y la radiografía de tórax no evidenció ningún cambio significativo respecto a estudios previos. Dichos hallazgos, así como la sintomatología que aquejaba al paciente -fiebre, mal estado general, afonía y disnea, sin clínica de vías bajas asociada-, fueron valorados médicamente el 18-01-2011 e interpretados como un proceso gripal, optándose por suspender el tratamiento con BCG y prescribir antibióticos y antipiréticos, con la recomendación de acudir al Servicio de Urgencias si el estado del paciente empeoraba (...). Al día siguiente de la revisión” en el Hospital “X”, “el perjudicado acudió al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia (...). Después de la oportuna exploración y la práctica de estudios complementarios,

el cuadro impresionaba de shock séptico de posible origen urinario con fallo hepato-renal agudo e insuficiencia respiratoria, siendo remitido ese mismo día en una ambulancia medicalizada a la UVI del Hospital "Z" (...). En este último centro el paciente fue diagnosticado de cuadro séptico por reacción tóxica-infecciosa a BCG, complicación posible de esta terapia concreta, iniciando tratamiento tuberculostático con tres drogas, pese a lo cual la evolución fue mala con gran deterioro analítico, hematológico y fallo hepato-renal. Los esfuerzos terapéuticos desplegados con transfusión de hemoderivados y de aminas vasoactivas no pudo impedir el exitus del paciente a los trece días de su ingreso en el hospital". Indica que en este caso "no se ha podido constatar" el documento de consentimiento informado que, según el informe del Servicio de Urología, se da a firmar a los pacientes que van a ser tratados con BCG. Especifica que "los consentimientos informados que hay en la historia clínica del paciente se refieren a la intervención quirúrgica a la que fue sometido, pero no consta consentimiento para el tratamiento con BCG" y que "la falta de consentimiento privó al paciente de conocer los riesgos y posibles complicaciones del tratamiento propuesto, entre ellos los que lamentablemente se produjeron". Concluye que, "siguiendo el criterio del Consejo Consultivo, habría quedado acreditado en definitiva un mal funcionamiento del servicio sanitario, al no constar la existencia de consentimiento informado del paciente, e igualmente se produjo un daño antijurídico, su fallecimiento, como consecuencia de una complicación atribuible al tratamiento de la que debió estar informado (...), lo que conduce a la declaración de responsabilidad de la Administración".

5. Mediante escritos de 10 de mayo de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

Figura incorporado al expediente un escrito de alegaciones de la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias en el que

se aduce “falta de legitimación activa de la (...) reclamante”, por entender que “la causa *petendi* son los daños (...) causados” a su padre y que este “es un derecho personalísimo no transmisible por vía hereditaria tras el fallecimiento”. Cita diversas sentencias que considera aplicables.

6. El día 24 de octubre de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 25 de octubre de 2012 se persona esta en las dependencias administrativas y obtiene una copia de aquel, compuesto en ese momento por ciento cuarenta y siete (147) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

Mediante escrito presentado en el registro de la Administración del Principado de Asturias el 6 de noviembre de 2012, la interesada formula alegaciones. En ellas afirma su condición de perjudicada, “tanto por el sufrimiento que se le irrogó a su padre, como por el padecido por ella misma y finalmente por la pérdida de su progenitor”.

Sostiene que su padre “fallece a consecuencia del tratamiento médico que recibió a fin de tratar el tumor vesical que padecía (...). Este tratamiento no fue el adecuado o, al menos, siendo el recomendado para este tipo de procesos, no debió haber sido administrado al paciente, pues resulta evidente que finalmente fue el que originó la muerte del mismo”. Añade que “la atención médica prestada el día 18-01-11 no fue diligente y acomodada a la *lex artis*, pues no se le hicieron pruebas suficientes ni se investigaron las causas del deficiente estado de salud que presentaba (...); en otro caso, hubiera sido detectada la grave infección que padecía y que dio lugar a que trece días más tarde falleciera”. Concluye que “el tratamiento causa la infección que el 18-01-11 no se le detecta por negligencia en cuanto a la realización de las pruebas de diagnóstico

necesarias y que, en definitiva, la causa de la muerte deriva del mal funcionamiento del servicio de salud”.

En cuanto al consentimiento informado, “resulta aceptado por la Administración sanitaria que el padre de la compareciente no fue informado acerca de los riesgos y las consecuencias que el tratamiento (...) podría generar” y que, por tanto, “no asume las consecuencias que los efectos del tratamiento podían provocar en su organismo y que finalmente determinaron su fallecimiento por toxicidad”.

En cuanto a las alegaciones de la aseguradora, precisa que reclama “el sufrimiento que tanto ella (...) como el resto de familiares hubieron de soportar hasta el fallecimiento de su ser querido”, y concreta que el causado a ella misma consiste en “el sufrimiento que (...) le provocó ver a su padre padecer las consecuencias de un tratamiento médico inadecuado, el deterioro de su estado de salud, los episodios de dolor y finalmente la muerte”.

Tras aclarar que “acciona en su propio derecho, en ningún caso lo hace en representación de sus hermanos, de su madre o de la comunidad hereditaria”, insiste en que “pide el resarcimiento por el sufrimiento que ella hubo de asumir ante los padecimientos que soportó su padre y por la muerte del mismo; daño moral que como hija no tuvo la obligación de soportar, pues además resultaría absurdo y carente de toda lógica que se reclame el sufrimiento y la angustia de ver a un familiar (padre) padecer las consecuencias de una infección y no se reclame la pérdida del mismo, derivada precisamente del mismo tratamiento médico que previamente le causó el sufrimiento”.

Por lo que se refiere a las sentencias citadas por la aseguradora, indica que la de la del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004 -Sala de lo Contencioso-Administrativo- establece que “la pérdida de un hijo y un hermano a edad temprana constituye un daño moral y debe ser reparado, y ese daño constituye un hecho notorio que no es necesario probar”, y entiende que eso es lo que “ocurre en el presente caso con la reclamación que se formula por el sufrimiento y la pérdida del padre de la reclamante”. Rechaza la aplicación al

caso del resto de las sentencias citadas por la aseguradora y finaliza reiterando su solicitud de indemnización “por los daños y perjuicios que (...) le han sido irrogados a consecuencia (...) del sufrimiento y (...) pérdida de su padre por el anormal funcionamiento del servicio público de salud del Principado de Asturias.

7. Con fecha 16 de abril de 2013, la correduría de seguros adjunta un escrito de alegaciones de la compañía aseguradora en el que se reitera la “falta de legitimación activa de la (...) reclamante para solicitar una indemnización por la ausencia del deber de información, basada en la ausencia de consentimiento informado”. Considera que “se pretende que se reparen los daños ocasionados al paciente como consecuencia de la ausencia de información sobre los posibles efectos adversos del tratamiento” y niega que “exista derecho de los reclamantes a una indemnización por la falta de información sufrida por el causante, teniendo en cuenta que estamos ante un derecho personalísimo, y que todas las actuaciones llevadas a cabo fueron acordes a la *lex artis*”, citando diversa jurisprudencia en apoyo de sus argumentos.

8. El día 27 de mayo de 2013, el Coordinador de Régimen Disciplinario y Responsabilidad Patrimonial elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, que fundamenta en la falta de legitimación activa de la interesada.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de junio de 2013, registrado de entrada el día 11 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de una de las hijas de un paciente del servicio público de salud que falleció.

La determinación de la legitimación en este caso requiere un análisis previo de los daños que se reclaman y de la esfera jurídica en la que se encuentran.

En el escrito inicial la reclamante alude al sufrimiento de la familia hasta el fallecimiento del enfermo, y en el trámite de audiencia presenta un escrito en el que se aprecian ciertas contradicciones, pues afirma su condición de perjudicada, “tanto por el sufrimiento que se le irrogó a su padre como por el padecido por ella misma y finalmente por la pérdida de su progenitor”, y reitera que reclama el sufrimiento que tanto ella como el resto de familiares hubieron de soportar hasta el fallecimiento de su ser querido. Ahora bien, dice que “acciona en su propio derecho, en ningún caso lo hace en representación de sus hermanos, de su madre o de la comunidad hereditaria”, e insiste en que pide “el resarcimiento por el sufrimiento que ella hubo de asumir ante los padecimientos que soportó su padre y por la muerte del mismo; daño moral que como hija no tuvo la obligación de soportar”.

Habida cuenta de que no ha aducido la representación de otros familiares, hemos de concluir que, en efecto, la reclamante solicita una indemnización exclusivamente por sus propios daños, consistentes en el sufrimiento de ver a su padre padecer las consecuencias de un tratamiento médico inadecuado, el deterioro de su estado de salud, los episodios de dolor y finalmente la muerte.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, 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 la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 24 de enero de 2012, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento del perjudicado- el día 31 de enero de 2011, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en

virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se reclama una indemnización por los daños dimanantes para la interesada del "sufrimiento que ella hubo de asumir ante los padecimientos que soportó su padre y por la muerte del mismo".

Resulta del examen del expediente que el 7 de octubre de 2010, en el Servicio de Urología del Hospital "X" se le practicó al padre de la reclamante una resección transuretral de neoplasia vesical que mostraba -según la biopsia- áreas de alto grado de malignidad, que los días 17 y 28 de diciembre de 2010 se le

realizaron instilaciones vesicales de BCG, que el 11 de enero de 2011 no se le aplicó la instilación prevista por fiebre y que el 18 de enero de 2011 acudió al mismo Servicio refiriendo fiebre, afectación del estado general, afonía y cierta disnea, por lo que se suspendió el tratamiento y se le pautó Levofloxacino (antibacteriano). Consta también que ingresó en la UVI de un hospital público entre los días 19 y 31 de enero de 2011, así como su fallecimiento en esta última fecha, por lo que cabe presumir que la interesada ha sufrido un daño moral vinculado a estos hechos.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las

especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

La reclamante reprocha omisión o insuficiencia de pruebas diagnósticas y de ingreso hospitalario en la asistencia dispensada a su padre en el Servicio de Urología del Hospital "X" el día 18 de enero de 2011, pues "en otro caso hubiera sido detectada la grave infección que padecía y que dio lugar a que trece días más tarde falleciera"; en concreto, estima que se le privó al paciente de la oportunidad de evitar la situación que desembocó en su muerte.

También manifiesta que su padre falleció a consecuencia del tratamiento médico que recibió para tratar el tumor vesical que padecía. Considera que este tratamiento no era el adecuado o que no debió habersele administrado, pues resulta evidente que originó su muerte. Alega, asimismo, que no hay constancia

de que su padre hubiera firmado el documento de consentimiento informado para el tratamiento, por lo que no asumió los efectos que aquel podía provocar en su organismo y que finalmente determinaron su fallecimiento por toxicidad.

Por lo que se refiere a los reproches que la interesada dirige a la asistencia dispensada a su padre el día 18 de enero de 2011 por el Servicio de Urología del Hospital "X", no cabe estimarlos. Consta en el expediente que una semana antes -el 11 de enero de 2011- el paciente había acudido a la consulta refiriendo fiebre tras la sesión del 28 de diciembre de 2010, y que el mismo día 11 se le realizaron analíticas y radiografía de tórax, cuyos informes obran en aquel. El 18 de enero de 2011 el paciente mostraba "fiebre, afectación del estado general y afonía", así como "cierta disnea", y el facultativo, tras ver los resultados de las analíticas realizadas una semana antes, le pautó un antibacteriano y le recomendó acudir a Urgencias si empeoraba. La fiebre no superaba los 39 °C que, según el informe técnico de evaluación, puede ser síntoma de sepsis por BCG. El Servicio de Urología niega que el paciente sufriera en esa fecha una toxi-infección, pues "la analítica era normal".

La reclamante no aporta prueba alguna en relación con la alegada insuficiencia de las pruebas realizadas por el Servicio de Urología del Hospital "X". El hecho de que en días posteriores al 18 se le efectuaran más pruebas no permite considerar insuficientes las practicadas hasta esa fecha, toda vez que el día 19 de enero de 2011 acude al Hospital "Y" por otro motivo. Así, según el informe del Hospital "Z" refería "caída sin pérdida de conciencia" esa mañana.

La interesada tampoco aporta prueba de que el ingreso hospitalario de su padre un día antes hubiera podido evitar su fallecimiento.

Sobre la causa de este, en el informe del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital "Z", de 31 de enero de 2011, consta que al padre de la interesada se le diagnosticó una BCGitis reacción tóxica infecciosa al BCG intravesical, como se alega en la reclamación. Ahora bien, este hecho no permite considerar, como pretende aquella, que el tratamiento de BCG no fuera adecuado o que no debiera haberse administrado.

El Servicio de Urología afirma que era el tratamiento idóneo para el “problema vesical” que presentaba el paciente, y el informe técnico de evaluación avala la administración del mismo, sin que aprecie contraindicación alguna. De hecho, la reclamante reconoce que el día 17 de diciembre de 2010 se le practicó la primera instilación y que no había presentado ninguna complicación.

Por otra parte, la interesada fundamenta su reclamación en la ausencia de consentimiento informado firmado por su padre y manifiesta que “no hay constancia de que se hubiera firmado el documento de consentimiento informado” para el tratamiento con BCG.

Al respecto, hay que tener presente que un requisito esencial del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre la infracción que se imputa al servicio público y el daño objeto de reclamación, en este caso el sufrimiento de ver a su padre enfermo y el provocado por su pérdida. En el supuesto examinado, el daño moral que la reclamante solicita no trae causa en sí mismo de la ausencia de consentimiento informado, sino que se contrae al dolor o padecimiento por el fallecimiento de su padre como consecuencia de una actuación médica que, a su juicio, por incorrecta, causó materialmente la muerte del paciente; circunstancia ajena a la hipotética lesión de la autodeterminación del paciente.

En efecto, la presunta ausencia de consentimiento informado constituye un hecho que no guarda relación con el daño alegado por la reclamante. El consentimiento informado, como ha puesto de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, constituye una manifestación de la facultad de autodeterminación del paciente -facultad inherente a su derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la Constitución)-, de modo que el daño moral que se anudaría a la insuficiencia de la información suministrada al paciente y la antijuridicidad de las lesiones producidas cuando falta el consentimiento informado originan un derecho que solo este puede invocar.

Además, hay que resaltar que la afirmación de la interesada de que su padre “no asume las consecuencias que los efectos del tratamiento podían provocar en su organismo y que finalmente determinaron su fallecimiento por toxicidad” es un juicio retrospectivo que carece por completo de sustento fáctico. A mayor abundamiento, debemos señalar que la biopsia había mostrado que la dolencia del paciente era un carcinoma infiltrante con áreas de alto grado de malignidad, y que antes de la resección transuretral de vejiga se le había informado de la necesidad de completar la intervención con otros tratamientos, como quimioterapia o radioterapia, que también conllevan efectos adversos. Pues bien, la interesada ni siquiera ha aducido una eventual preferencia de su padre por alguno de estos otros tratamientos.

Por otro lado, debe ponerse de manifiesto que el Servicio de Urología señala en su informe que todos los pacientes a los que se les pauta BCG suscriben un consentimiento informado, y que el hecho de que en este caso tal soporte documental no figure en el expediente no permite deducir que el perjudicado no estuviera al corriente y plenamente informado de los efectos adversos del tratamiento que se le estaba administrando. Según se desprende de la anamnesis que se le realizó, tanto en el Hospital “Y” como en el Hospital “Z”, su cuadro había comenzado el 28 de diciembre de 2010 -menos de dos horas después de la instilación que se le realizó aquel día, que era la segunda- con mal estado general, fiebre de 38 °C, cervicalgia y disfonía, y que los dos días siguientes presentó, “desorientación (e) incontinencia urinaria y fecal que se corrigió posteriormente”. No consta acreditado, ni siquiera alegado por la interesada, que el paciente o sus allegados hubieran solicitado asistencia facultativa en ese momento de tal gravedad, y de esta conducta puede deducirse que todos ellos conocían que se trataba de un efecto secundario del tratamiento.

En definitiva, entendemos que no cabe apreciar relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento del servicio público sanitario.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.