

Expediente Núm. 234/2018
Dictamen Núm. 266/2018

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2018, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 3 de septiembre de 2018 -registrada de entrada el día 5 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por el fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente, durante una intervención quirúrgica para el tratamiento de un tumor de colon.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 1 de febrero de 2018, una persona, que actúa “en nombre propio y por mandato verbal de sus dos hijas (...), integrantes todos de la comunidad hereditaria” de su familiar, presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la actuación del servicio público sanitario.

Expone que su esposa padecía neoplasia estenosante de colon, proceso cuyo inicio sitúa en el 14 de abril de 2016 tras una asistencia prestada en el Servicio de Urgencias del Hospital "X", y que fue intervenida de esa patología el día 27 de junio de 2017. Señala que durante la misma "se le practicó una hemicolectomía derecha ante gran tumor fijo al mesenterio con clipaje de la vena mesentérica superior por sangrado, laparostomía e ileostomía (dejar abierta la cavidad abdominal) (...). Dada la extrema gravedad de la paciente (...), precisa nueva intervención en un plazo máximo de 48 h para ver evolución del intestino delgado" y es trasladada al "Y", en el que ingresa a las 20:00 horas, produciéndose el exitus a las 21:15 por "isquemia intestinal masiva".

Solicita una indemnización que asciende a trescientos mil euros (300.000 €).

Adjunta acta de declaración de herederos abintestato y certificación literal de defunción.

2. Mediante oficio de 12 de febrero de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

Asimismo, le concede un plazo de diez días para acreditar la representación que afirma ostentar.

3. Con fecha 26 de febrero de 2018, la Dirección del Hospital "X" remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el historial clínico relativo al proceso cuestionado en formato electrónico, así como un informe suscrito el día 21 del mismo mes por la Jefa del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo del mencionado centro. En este último se indican, como antecedentes de interés para el motivo del ingreso por neoplasia de colon, que a partir del mes de febrero de 2017 se iniciaron estudios ante la sintomatología que presentaba la paciente, y aunque esta rechazaba la realización de diversas

pruebas (TAC abdominal, estudios endoscópicos) consiguió alcanzarse un diagnóstico de imagen de masa compatible con tumor de colon. Destaca que en ese momento (marzo de 2017) "por segunda vez se entregan los consentimientos informados para realizar la colonoscopia y el TAC y se programan dichas pruebas. La paciente hace constar que no va a someterse a ningún tratamiento que implique cirugía, quimioterapia o radioterapia", como se refleja en la historia clínica, en la que consta que el Servicio de Citaciones "avisa que (...) desea anular todas las citas de los estudios y no (...) continuar con las revisiones en Medicina Interna". Ante esta actitud la profesional sanitaria que reseña "contacta telefónicamente y habla con una persona que se identifica como el marido (...) y la propia paciente, y ambos se mantienen en la decisión de no realizar más estudios, tratamientos ni seguimientos, indicando que tienen las cosas muy claras", por lo que "se les pide que firme las revocaciones del consentimiento informado, lo cual acepta indicando que los traerá firmados a través de Atención al Paciente, pero sin llegar a formalizarlo, según consta en las anotaciones de la historia clínica".

Tras acudir al Servicio de Urgencias del Hospital "X" el 21 de mayo de 2017 por mal estado general, la paciente acepta ingresar "para realizar un TAC toracoabdominal" -siendo reticente a recibir una transfusión de sangre, que finalmente acepta-. Reseña que "en este ingreso se hace constar en la historia que la paciente había optado por un tratamiento alternativo homeopático, ya que tanto ella como su marido consideran que `la medicina hospitalaria tiene como objeto la experimentación´". En ese momento el tumor se encuentra "localmente avanzado" y determina "pérdidas ocultas de sangre responsables de la anemia severa y además, por ser una lesión estenosante que ya no permite el paso del endoscopio, previsiblemente evolucione hacia una obstrucción completa del colon, considerando por ello la cirugía como única alternativa terapéutica factible, y que el retraso en realizarla empeora también las condiciones locales, aumenta el riesgo de progresión de la enfermedad (...), de complicaciones en la cirugía y (...) de irreseabilidad. Cualquier otra actitud terapéutica sería meramente paliativa y no evitaría la progresión de la

enfermedad tumoral". Señala que tras la insistencia del equipo médico "finalmente la paciente acepta acudir" a consulta, que se le adelanta, momento en el que es incluida "en lista de espera preferente", con entrega del consentimiento informado de la cirugía, "por duplicado, tras una explicación detallada que (...) lee y firma", quedándose con la copia "para leerlo detenidamente" a fin de "formular las preguntas y dudas que le puedan surgir, planteándose la posibilidad de revocación de los consentimientos informados".

Tras describir las actuaciones preoperatorias realizadas, se detalla la intervención, iniciada mediante "abordaje laparoscópico", con movilización del colon derecho y, "con mayor dificultad técnica, el despegamiento de las adherencias a la primera porción duodenal y píloro. A partir de este momento, debido a la gran dificultad técnica que supone la retracción que el tumor ejerce sobre el mesenterio, la consiguiente deformidad anatómica de esta zona no hace posible avanzar con seguridad mediante el abordaje laparoscópico y se decide reconvertir a cirugía abierta (...). Se completa la hemicolectomía derecha, ligando y seccionando el pedículo vascular ileocólico y con más dificultad, por la mesenteritis retráctil peritumoral, el pedículo vascular cólico derecho. En el avance de la movilización para ligar y seccionar los vasos cólicos medios, y debido a la retracción mesentérica peritumoral, se produce un desgarró de un vaso, observando un sangrado de aspecto venoso de cuantía muy importante y masiva que impresiona de desgarró de la vena mesentérica superior. Se procede al control de la hemostasia mediante sutura del desgarró sin conseguir el cese de la hemorragia, se coloca un clip metálico en el vaso que resulta efectivo, recuperando la paciente su estabilidad hemodinámica./ A partir de este momento se observan cambios en el intestino delgado, que adquiere un color violáceo y aspecto congestivo, por lo que se decide avisar al Servicio de Cirugía Vasculár" del Hospital "Y", acudiendo dos cirujanos "que evalúan *in situ* la situación./ Se constató que la arteria mesentérica superior estaba indemne, observando presencia de pulsos en el mesenterio del intestino delgado y sospecha de trombosis venosa masiva del territorio de la vena mesentérica superior secundaria a lesión de la misma. Así mismo, se consideró

que no era factible realizar un *bypass* venoso por no ser efectivo en este caso (y) se decide mantener una actitud expectante para evaluar la posibilidad de recanalización compensatoria en unas horas, se realiza una ileostomía y cierre mediante laparostomía y realizar *second look* en las horas posteriores./ Se finaliza la intervención y se informa a la familia (marido e hija) de la extrema gravedad de la situación y de la necesidad de traslado a UVI del (Hospital `Y´) de la paciente para reevaluar en unas horas la situación del intestino”, siendo finalmente trasladada “en UCI móvil” al referido centro. En él, según consta en la historia clínica, “se decide reintervención para *second look*, observando afectación isquémica de todo el intestino delgado sin zonas viables”, por lo que la paciente “ingresa en UCI y se aplica pseudoanalgesia para confort, al no tener más posibilidades terapéuticas”, siendo finalmente “exitus a las 21:15 del día 27 de junio de 2017”.

Se concluye que “la actuación de los servicios intervinientes en el proceso de atención” a la paciente “fue en todo momento correcta y adecuada según los distintos protocolos médicos, siendo relevante para el caso el rechazo de la paciente a los (...) procedimientos diagnósticos y terapéuticos indicados”.

4. Con fecha 28 de febrero de 2018, una de las hijas del interesado y de la paciente comparece personalmente en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios para conferir representación a su padre.

Figura también en el expediente el poder notarial otorgado por la otra hija en favor de su padre, “especialmente” para representarla en el procedimiento de responsabilidad patrimonial que se instruye.

5. Mediante oficio de 9 de marzo de 2018, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia, en formato electrónico, de la historia de la paciente obrante en dicho centro.

6. Con fecha 18 de abril de 2018, dos especialistas en Medicina Legal y Forense y en Valoración del Daño Corporal, respectivamente, emiten un informe médico-pericial a instancia de la compañía aseguradora. En él manifiestan que, “a la vista de la documentación médica aportada, puede afirmarse que a lo largo del proceso asistencial, en consultas externas, asistencia a Urgencias e ingresos hospitalarios, el manejo ha sido correcto, cuidadoso y ajustado a la patología que presentaba la paciente, siguiendo protocolos./ La indicación y necesidad de tratamiento quirúrgico de la patología tumoral se reflejó desde el inicio. El retraso en su realización contribuyó a la aparición de complicaciones quirúrgicas, previstas en el primer consentimiento informado (el que se ha aportado no está firmado)./ Durante el acto quirúrgico se emplearon todos los recursos disponibles en cada momento. La decisión de traslado al (Hospital ‘Y’) para ingreso en UCI y posterior reintervención quirúrgica era la única opción terapéutica tras la aparición de complicaciones”.

7. Mediante escrito notificado al reclamante el 13 de junio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica 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 26 de junio de 2018, el interesado presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta su desacuerdo con el informe médico pericial de 18 de abril de 2018, destacando que el aspecto relevante de la reclamación es la intervención quirúrgica. Respecto a la misma, señala que “se abordó en un primer momento el tumor mediante cirugía artroscópica, que es en ese momento cuando se ‘cepilló’ el complejo venoso mesentérico y después rápidamente cirugía abierta donde clapan a medias el sistema venoso, no en su totalidad”, y a partir de entonces “es cuando a la paciente se la traslada a Cirugía Vasculár en el (Hospital ‘Y’) (...), donde tras breves estudios e imposibilidad para efectuar un *bypass* venoso se decide actitud expectante que lleva a la muerte (...); por tanto, durante la (intervención quirúrgica)”. De ello deduce la responsabilidad “en la actuación profesional, ante las vacilaciones en

un caso, la falta de previsión en otro y finalmente la deficiente intervención que hizo cambiar de método y sin tomar las medidas adecuadas ante una eventualidad, que desgraciadamente (...) no pudieron atajar”, atribuyendo a la “total falta de respuesta” el desenlace.

8. El día 9 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio basándose en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de septiembre de 2018, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Figura acreditado en el expediente que uno de los reclamantes (esposo de la fallecida) actúa en representación de otras dos familiares (sus hijas), que ha sido conferida con arreglo a los medios establecidos en el artículo 5.4 de la LPAC.

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 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 1 de febrero de 2018, habiéndose producido el fallecimiento de la familiar de los interesados por el que se reclama el día 27 de junio de 2017, 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 rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. 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 34 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 el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de daños que los interesados atribuyen a la asistencia sanitaria dispensada a su esposa y madre, respectivamente, por el servicio público sanitario.

Consta en el expediente que la familiar de los reclamantes fue atendida en el Hospital "X" para el tratamiento de un tumor de colon que requirió una intervención quirúrgica. Durante la misma, tras sufrir un desgarro de la vena mesentérica superior, se produjo su fallecimiento. Debemos, en consecuencia, reconocer en aquellos familiares un daño moral susceptible de reclamación.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que los interesados no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Al respecto, y como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, 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 sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, 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. 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.

Este Consejo también ha subrayado reiteradamente que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. A pesar de ello, la familia de la fallecida no aporta ningún documento que acredite los reproches que efectúa en relación con la actuación del servicio de salud. Nuestro análisis, por tanto, debe realizarse a la luz de la historia clínica y de los informes emitidos a petición del Servicio instructor del procedimiento.

Los reclamantes precisan, en las alegaciones efectuadas con ocasión del trámite de audiencia, que ante la complicación surgida durante la operación existieron “vacilaciones (...), falta de previsión” y una “deficiente intervención que hizo cambiar de método y sin tomar las medidas adecuadas ante una eventualidad” que el equipo médico fue incapaz de solventar, atribuyéndole una “total falta de respuesta”.

En primer lugar, conviene aclarar que los interesados no discuten ni la procedencia de la cirugía, ni la condición de complicación típica de esta de la lesión vascular sufrida, que figura en el documento de consentimiento

informado obrante en el expediente. Según se deduce de este, aquel no fue firmado por la paciente a causa de vicisitudes relacionadas con su inicial rechazo a recibir tratamiento. No obstante, en la reclamación no se plantea ninguna imputación relacionada con dicho documento, siendo reiterada la doctrina de este Consejo respecto a que la eventual omisión de información sobre los riesgos solo es oponible por el paciente (por todos, Dictamen Núm. 26/2017). Ello no obsta para que reiteremos la importancia de la adecuada constancia documental de la prestación del consentimiento relativo a aquellas actuaciones sanitarias que así lo requieran; en este sentido, observamos en el asunto examinado un puntual reflejo en la historia clínica de la paciente de la información que se le facilitó en relación con su dolencia y la necesidad de tratamiento, con especial intensidad debido a su actitud refractaria a la intervención sanitaria.

Respecto a la actuación seguida durante la operación, el informe emitido por el Servicio responsable explica que la reconversión a cirugía abierta estuvo motivada por la "gran dificultad técnica" que implicaba la retracción del tumor sobre el mesenterio. Una vez producido el desgarró se procedió primero a su sutura, y después a la colocación de un clip metálico. Aunque este se considera efectivo en la medida en que permitió la recuperación de la estabilidad hemodinámica de la paciente, la evolución del intestino delgado motivó la comparecencia de dos cirujanos del Servicio de Cirugía Vasculor del (Hospital 'Y'), quienes, tras descartar realizar un *bypass* venoso decidieron mantener actitud expectante y trasladar a la paciente a este último centro, en el que con ocasión de una nueva intervención se constató la "afectación isquémica de todo el intestino delgado sin zonas viables".

En suma, de lo actuado resulta acreditado que la lesión vascular constituye una complicación típica de la cirugía practicada, sin que pueda reputarse la existencia de "falta de previsión" o de deficiencias en su ejecución, y menos aún considerar que una vez materializado el riesgo indicado existió una "total falta de respuesta". Estos reproches genéricos, carentes de soporte

probatorio alguno, no desvirtúan la justificación técnica de las sucesivas decisiones tomadas durante la cirugía de un tumor localmente avanzado.

Debe resaltarse, por último, que tanto los informes obrantes en el expediente como la historia clínica reflejan, entre otros detalles sobre la patología, que se advirtió a la paciente de que podrían producirse complicaciones durante la intervención, que el retraso en la realización de la cirugía aumentaba el riesgo de complicaciones y que el que efectivamente se produjo fue debido al rechazo de esta a recibir tratamiento, al menos entre los meses de marzo y mayo de 2017. Asimismo, todos los informes concluyen que la actuación seguida con esta enferma fue correcta y acorde a la *lex artis ad hoc*, por lo que no apreciamos la existencia de nexo causal entre la asistencia dispensada a la familiar de los reclamantes 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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.