



## Consejo Jurídico de la Región de Murcia

### Dictamen nº 140/2013

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 23 de mayo de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmra. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 14 de noviembre de 2012, sobre responsabilidad patrimonial instada por x y otro, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 370/12), aprobando el siguiente Dictamen.

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de abril de 2008, x, y, asistidos de Letrado, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la muerte de su hijo x, que imputan a la asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud.

Relatan los reclamantes que su hijo, mayor de edad (19 años) pero incapacitado mentalmente (anoxia neonatal) acudió al Hospital "Morales Meseguer" de Murcia el 20 de diciembre de 2007, al tener programado el cambio de la sonda PEG (gastrostomía percutánea endoscópica) que portaba para su alimentación. Dicho cambio fue realizado por enfermería bajo supervisión médica. Destacan los reclamantes que no se solicitó consentimiento informado para realizar esta asistencia sanitaria.

Una vez regresó a su domicilio el paciente, sobre las 14:00 horas, se procedió a iniciar la alimentación. Pasados unos 15 minutos, x comenzó a presentar temblores, sudoración excesiva y agitación acompañada de gritos, por lo que se requirió la asistencia de su médico de familia, quien tras prescribir Urbasón y Nolotil, recomendó su traslado al hospital, donde ingresó sobre las 16:00 horas.

Ya en el hospital, al paciente se le realizó una radiografía y una analítica, atribuyéndose los síntomas a una insuficiencia respiratoria. Según los reclamantes, advirtieron a los facultativos de la inmediatez cronológica entre el cambio de la sonda, la reanudación de la alimentación y el empeoramiento del paciente.

El paciente fue trasladado a planta entre las 2:00 y las 3:00 de la madrugada, continuando el médico de guardia con el tratamiento con oxígeno y calmantes. Refieren los reclamantes que de nuevo advirtieron al facultativo acerca de la inmediatez de los trastornos tras el comienzo de la alimentación, sin que aquél tuviera en cuenta sus

observaciones.

Sobre las 12:00 horas, la doctora de guardia consideró urgente realizar una ecografía, tras la que se apreció la necesidad de intervención por existir la posibilidad de perforación. En la intervención se confirmó la perforación y, como consecuencia de la infección que la misma ocasionó, el paciente falleció el 22 de enero de 2008.

Insisten los reclamantes en que en ningún momento se les informó a los familiares del paciente del posible riesgo vital que conllevaba el cambio de la sonda, pues se realizaba periódicamente creando la apariencia de constituir una operación rutinaria de carácter inocuo.

Se solicita una indemnización de 100.000 euros, en función del sistema de valoración de daños causados a las personas en accidentes de circulación y se propone prueba documental consistente en recabar de la Administración sanitaria copia de la historia clínica del paciente e informe tanto de los facultativos que lo atendieron como de la Inspección Médica.

Se aporta junto a la reclamación escritura de poder para pleitos en favor del Letrado actuante otorgada únicamente por x.

**SEGUNDO.-** Requeridos los reclamantes para acreditar la legitimación con la que dicen actuar y tras presentar una copia del Libro de Familia, por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se admite a trámite la reclamación y ordena al Servicio Jurídico del Ente Público sanitario la instrucción del procedimiento.

Por el órgano instructor se comunica la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a la aseguradora del Servicio Murciano de Salud, al tiempo que se recaba del Hospital "Morales Meseguer" copia de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos intervenientes en la asistencia sanitaria.

**TERCERO.-** Remitida por el Hospital la documentación solicitada, destacan los siguientes informes:

- El del Coordinador de la Unidad Asistencial de Aparato Digestivo:

*"Se trata de un paciente con AP de anoxia neonatal, PCI, tetraparesia espástica y crisis comiciales, que tenía dificultades para la deglución con desnutrición severa y neumonías de repetición, por lo que se le solicitó a nuestra Unidad colocación de PEG (gastrostomía percutánea endoscópica). El paciente tenía problemas de salud sobre todo relacionados con su patología predominante de base (escoliosis paralítica) que alteraban notablemente su anatomía dificultando exploraciones por la distorsión anatómica de la pared abdominal.*

*El paciente tenía además una anemia multifactorial y fue evaluado endoscópicamente antes de colocar PEG*

según protocolo.

*En todo momento se informó a su familiar más cercano (madre) de todos los procedimientos invasivos (endoscopias) y también de las curas realizadas (recambios de PEG) dada la desconexión del paciente con el medio, constando la firma de la madre en el protocolo de consentimiento informado para estas técnicas.*

*Como exploraciones al paciente, se enumeran las que se hicieron por parte de nuestra Unidad Asistencial:*

*Se colocó una primera PEG en 2.6.2006 sin incidencias, bajo sedación profunda (22 Fr Novartis). Este registro consta en el primer archivo de endoscopias de la Unidad (no así en Selene que es posterior).*

*Se recambió la PEG en 18.12.2006 sin incidencias. 22Fr habitual.*

*El 4.1.2007 se intentó una endoscopia alta sin sedación profunda para evaluar la PEG pero no se pudo realizar por falta de colaboración debido a su enfermedad de base, no obstante se recambió por otra PEG de botón. Este recambio fue difícil porque (en palabras textuales del FEA que la realizó) "...la longitud de la varilla metálica del botón es lo suficientemente larga como para hacer tope y traumatizar la pared posterior gástrica, dada la delgadez del paciente y su anatomía..."; todo ello en relación con la distorsión anatómica mencionada más arriba debido a la contractura del paciente, lo que dificulta estas exploraciones.*

*Se realizó un nuevo recambio en 13.6.2007, sustitución por botón de 22Fr sin incidencias. Se instruyó a la familia según consta por escrito, al igual que en ocasiones precedentes, sobre la vigilancia después del recambio por si hubiera incidencias. No hubo incidencias.*

*Se hizo un último recambio en 20.12.2007 (no consta la fecha exacta en el informe de recambio de PEG) sin incidencias inmediatas, de forma similar a los anteriores recambios.*

*Después de este recambio pasó a depender en sus cuidados de otros Servicios y no constan en la H<sup>a</sup> C<sup>a</sup> más informes de nuestra Unidad.*

*En resumen, se trata de un paciente con recambios de PEG de larga evolución, de manejo difícil por la patología de base del paciente, en el que se le han realizado las exploraciones solicitadas por los facultativos que le han venido atendiendo con la información continuada tanto verbal como por escrito a su familiar de primer grado (madre) referentes a las exploraciones que se le iban efectuando y al manejo domiciliario de las curas de la PEG. En general, en estos casos de recambios de PEG, un familiar y/o cuidador es informado de los cuidados en domicilio de este tipo de prótesis para que actúe él mismo y se le instruye de que en caso de que el paciente la extraiga ha de recolocarla lo antes posible (generalmente en domicilio), pero si hay dificultad para recolocarla se le insta para que venga lo antes posible a Urgencias con el objeto de que no se cierre el trayecto fistuloso lo que impediría una recolocación reglada.*

*En este caso concreto de recambios de PEG en un paciente lamentablemente muy deteriorado por su patología de base de larga evolución, se hicieron siendo conscientes los FEA que lo realizaron y la familia (madre) de la dificultad sobreañadida que ello representaba. Se le realizaron las medidas profilácticas según protocolo para evitar complicaciones y no se detectaron éstas durante e inmediatamente realizada la exploración. Hubo una información fluida y continuada de los distintos recambios y cuidados de los mismos".*

- El del Especialista del Servicio de Cirugía General y Digestivo:

*"No tengo conocimiento del tratamiento y las maniobras aplicadas al paciente el día anterior a mi actuación, y por tanto no debo manifestar si fueron o no correctas, si bien es cierto que en un paciente de estas características cualquier diagnóstico es difícil, y más descubrir el origen de una sepsis, dada la mala colaboración del mismo.*

*Nada más avisarme los compañeros de Medicina Interna acudí a valorar al paciente, en la mañana del día 21-12-2007, y lo diagnostiqué de un abdomen agudo, cuya causa no podía conocer en ese momento, pero que hacía precisa una intervención quirúrgica exploradora.*

*Intervine poco después al paciente, tras sufrir dos episodios de parada cardiorrespiratoria en quirófano, y encontré una peritonitis aguda difusa, secundaria a una perforación longitudinal en estómago, cercana a la inserción de la sonda de gastrostomía. El único gesto fue un lavado profuso y una sutura de la perforación, con posterior ingreso en UCI. El paciente permaneció en la Unidad 16 días, siendo dado de alta a planta de Medicina Interna dada la situación irrecuperable, falleciendo poco después.*

*Insisto en la dificultad de llegar a un diagnóstico preciso de una sepsis en un paciente de estas características, y más cuando han transcurrido tan pocas horas desde el recambio de la PEG".*

**CUARTO.-** Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta informe pericial elaborado por cuatro especialistas en Medicina interna, que concluye como sigue:

*"1. La colocación de la PEG estaba indicada en el paciente.*

*2. La familia consintió en su colocación, estaba informada de sus complicaciones y su manejo. Además el paciente era portador de la misma por un periodo prolongado de tiempo.*

*3. La sustitución de la PEG se realizó de forma correcta. No existieron signos de complicación inmediata.*

*4. La atención en el Servicio de Urgencias fue adecuada y se ajustó a la *lex artis*. Se realizó una completa exploración física y se solicitaron pruebas complementarias.*

5. El paciente presentaba una sintomatología inespecífica y datos compatibles con una complicación frecuente y por la que el paciente había estado ingresado en numerosas ocasiones: la broncoaspiración.

6. La situación del paciente condicionó en gran medida el procedimiento diagnóstico.

7. Tras la reevaluación del paciente, varias horas después del ingreso, el paciente había presentado una evolución clínica desfavorable, y modificaciones exploratorias significativas. Fue entonces cuando se sospechó un diagnóstico diferente al del ingreso.

8. A pesar de todos los recursos materiales y humanos que aporta una UCI, el paciente evolucionó de forma favorable. El mal pronóstico de su proceso se relacionó de forma directa con su avanzado estado de deterioro neurológico y físico".

**QUINTO.-** El 18 de junio de 2012 se remite desde la Inspección Médica el informe solicitado en diciembre de 2008. Alcanza las siguientes conclusiones:

"1. x de 19 años de edad y antecedentes personales de Encefalopatía Anóxica Perinatal (Parálisis Cerebral Infantil) con secuelas de tetraparesia espástica, escoliosis importante, episodios frecuentes de broncoaspiración con bronconeumonías, desnutrición grave (35 Kg. de peso), dependiente para todas las actividades de la vida diaria, era portador de PEG.

2. El paciente acude al HUMM de forma programada para realizar recambio de botón de la PEG que se realiza como en ocasiones anteriores con dificultad por la situación de deterioro del paciente, su anatomía y su extrema delgadez. No consta en documentación clínica incidencias inmediatas tras su colocación ni síntomas ni signos de complicaciones coligados al recambio del botón.

3. No existe el documento de CI del último recambio si bien la familia conocía toda la información al ser la tercera vez en aproximadamente dos años desde su implantación y un año desde el primer recambio, que venían realizándose los recambios del botón de la sonda PEG todos ellos con los documentos de CI firmados por la madre.

4. El paciente padece perforación gástrica anterior como complicación en el recambio del botón de la PEG, esta complicación es un riesgo típico descrito en el documento de CI.

5. En el servicio de urgencias con la clínica inespecífica, los antecedentes de ingresos por broncoaspiración, la exploración física y el resultado de las pruebas complementarias se estableció un juicio diagnóstico de sospecha adecuado, en el que se interponen de forma concluyente las condiciones neurológicas y físicas que padecía el paciente.

6. Tras nueva valoración clínica de medicina interna, se establece como juicio diagnóstico de sospecha shock séptico secundario a recambio de PEG probable peritonitis secundaria de forma adecuada que es tratado correctamente por los servicios de cirugía y medicina interna.
7. En UCI no hay mejoría de la clínica abdominal persistiendo los signos de peritonitis, es tratado con medidas de soporte hemodinámico, nutrición parenteral, respiración asistida y antibioticoterapia de amplio espectro todo ello de forma correcta y adecuada.
8. Es taxativo en la evolución las diversas enfermedades que afectaban al paciente como la afección neurológica (encefalopatía anóxica perinatal con secuelas de tetraparesia espástica), las broncopatías reiterativas por broncoaspiración, la desnutrición grave (apenas 35 Kg), la anemia multifactorial y la escoliosis torácica grave que padecía".

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a los reclamantes, presentan escrito de alegaciones el 18 de julio de 2012, en el que se insiste en que, además de no haberse informado a la familia para el recambio de la PEG que causó el fallecimiento, tampoco se informó para la colocación de la misma, pues los consentimientos firmados no recogen el riesgo de perforación ni los riesgos relacionados con las circunstancias personales del paciente (su extrema delgadez y su escoliosis).

**SÉPTIMO.-** Con fecha 30 de octubre se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el órgano instructor que no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, al no haberse acreditado la antijuridicidad del daño.

En tal estado de tramitación se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de noviembre de 2012.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

## **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La reclamación ha sido interpuesta por los padres del fallecido usuario del servicio público sanitario, quienes están legitimados para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en la medida en que padecen un evidente daño moral identificado con la pérdida afectiva ocasionada por la muerte de un familiar tan cercano.

No obstante, cabe advertir que tras el requerimiento de subsanación instado por el órgano instructor sobre la legitimación con la que actuaban los interesados y la representación que ostenta el Letrado actuante, no han quedado absolutamente acreditados tales extremos.

Así, la copia del Libro de Familia aportado al procedimiento no incluye la hoja correspondiente al finado, si bien no cabe poner en duda la relación de parentesco existente entre los reclamantes y el fallecido, a la luz de las evidencias contenidas en el expediente.

Del mismo modo, no cabe considerar acreditada la representación que el Letrado actuante dice ostentar respecto del padre del fallecido, toda vez que la escritura de poder aportada al procedimiento junto al escrito inicial únicamente fue otorgada por la madre.

Por otra parte, si bien el escrito inicial afirma que la reclamación es interpuesta por ambos progenitores y presenta dos rúbricas, sólo es identificable la del Letrado que, como hemos dicho, actúa en representación de la madre, resultando ilegible la restante, respecto de la cual ya el órgano instructor requirió a los reclamantes para que identificaran esta segunda firma, requerimiento que fue desatendido por la parte actora. Tras esta actuación, no consta ninguna del x, sino únicamente del Letrado representante de la madre del fallecido.

En consecuencia, no debió tenerse por reclamante al x, padre del fallecido, y debió declarársele desistido de su pretensión una vez desatendido el requerimiento de subsanación efectuado, conforme a lo establecido en el artículo 71.1 LPAC, al no constar en el escrito de reclamación su firma o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio (art. 70.1, letra c LPAC). Y ello sin perjuicio de la procedencia de continuar el procedimiento con la madre del paciente, conforme a lo establecido en el artículo 90.2 de la referida Ley rituaria.

Por su parte, la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional a través del SMS, en tanto que titular del servicio público de asistencia sanitaria a la población, a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño.

2. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha ajustado a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el fallecimiento del paciente se produjo el 22 de enero de 2008 y la acción se ejercita en abril del mismo año.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo en el plazo máximo para resolver que ha excedido en mucho el previsto de seis meses (artículo 13.3 RRP).

Ha de advertirse, asimismo que se ha omitido el extracto de secretaría y el índice de documentos que el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, exige adjuntar a la consulta.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivados del artículo 106.2 de la Constitución: *"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"*. Por otra parte, el texto constitucional (art. 43.1) también reconoce *"el derecho a la protección de la salud"*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa-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.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del personal sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada "lex artis ad hoc" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2002).

#### CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Para la reclamante el fallecimiento de su hijo se debe a una "*negligencia tanto en la colocación de la sonda al no comprobar su correcto asentamiento, como en el retraso en producirse el diagnóstico de la perforación producida, lo cual no es conforme a la lex artis*". Asimismo, afirma que "*en ningún momento se informó a los familiares del paciente del posible riesgo vital que conllevaba el cambio periódico de la sonda, operación que se programaba periódicamente creando la apariencia de constituir una simple operación rutinaria de carácter inocuo*".

Dejando para una consideración ulterior la imputación relativa al déficit de información facilitada a los familiares del paciente, se analizan a continuación las relativas a la negligencia en la colocación de la sonda y el retraso en el diagnóstico de la perforación gástrica.

Dichas cuestiones aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencial de la "lex artis". Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 22 de diciembre de 2001, afirma: "*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*". Esta doctrina jurisprudencial sigue plenamente vigente, como recoge la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 2 de noviembre de 2011.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la "lex artis", que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica "ad hoc", en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la normopraxis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico (por todas, STS, Sala 1<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 1999).

Descripción a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervenientes se adecuó a dicho estándar.

La valoración de dicha actuación exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la Medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, resultan trascendentales los informes médicos obrantes en el expediente -el especial valor probatorio de estas pericias en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-.

Examinado el expediente no consta pericia alguna aportada por la reclamante en apoyo de sus imputaciones de mala praxis. De los traídos al procedimiento por la Administración, los evacuados por los facultativos actuantes sostienen la plena adecuación a la *lex artis* de la asistencia prestada, como también afirman categóricamente el ajuste a normopraxis de la misma los peritos de la aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

Así, en relación con el concreto acto médico del recambio de la sonda el informe pericial de la aseguradora afirma que *"la actuación sanitaria en el recambio de la PEG fue adecuada y se ajustó a lex artis. En los datos analizados no hay ningún argumento que apoye la mala práctica. El personal participante era experimentado y no se encontraron dificultades durante el proceso de recambio. Antes del alta la situación clínica no mostraba síntomas, ni signos de que hubiera alguna complicación asociada al recambio"*.

La Inspección Médica, por su parte, si bien sí se hace eco de la circunstancia indicada por la Unidad de Aparato Digestivo actuante, según la cual el recambio de la sonda sí se realiza con dificultad dada la situación basal del paciente, no aprecia actuación alguna sugestiva de mala praxis y coincide con el informe de la aseguradora en la ausencia de signos o síntomas inmediatos de complicaciones posteriores a la intervención y ligados a ésta.

Del mismo modo, en cuanto a la alegada tardanza en alcanzar el diagnóstico de la perforación gástrica, la Inspección considera que el juicio diagnóstico de sospecha alcanzado en el servicio de urgencias (infección respiratoria aguda por broncoaspiración) fue adecuado, en atención a la clínica inespecífica (sudoración, quejidos, ligera cianosis y baja saturación de oxígeno) que presentaba el paciente, los previos ingresos por broncoaspiración, la exploración física y el resultado de las pruebas complementarias realizadas (no se detectan signos de neumoperitoneo o de perforación de víscera hueca), a lo que se añaden de forma decisiva las condiciones neurológicas y físicas del paciente, que dificultaban el juicio clínico tanto por su imposibilidad de colaboración con el facultativo como por la poca fiabilidad de determinadas maniobras exploratorias del abdomen y de las pruebas radiológicas debido a la tetraplejia y escoliosis que padecía.

Al día siguiente se observa menoscabo de su estado general con hipotensión (100/50), elevación de la frecuencia cardíaca (100 lpm), abdomen doloroso a la palpación y descompresión, signos de acidosis metabólica y mala perfusión. El TAC abdominal informa de neumoperitoneo y presencia de líquido peritoneal, por lo que de manera adecuada según la Inspección Médica, se establece el diagnóstico de shock séptico secundario a recambio de PEG con probable peritonitis secundaria.

El tratamiento posterior hasta el *exitus* del paciente y la actuación de los servicios de Medicina Interna, Cirugía y Cuidados Intensivos es calificada expresamente por la Inspección Médica de correcta y adecuada, siendo determinantes en la evolución del paciente las diversas enfermedades de base que presentaba: afección neurológica (encefalopatía anóxica perinatal con secuelas de tetraparesia espástica), broncopatías reiterativas por broncoaspiración, desnutrición grave (apenas 35 kg), anemia multifactorial y escoliosis torácica grave.

En consecuencia y sin perjuicio de lo que a continuación se dirá en relación con la información facilitada a los familiares, no se advierten en las actuaciones médicas realizadas sobre el paciente entre el recambio de la sonda PEG y su fallecimiento actuaciones contrarias a normopraxis.

## **QUINTA.- Del consentimiento informado.**

Comoquiera que la doctrina de este Consejo Jurídico acerca del derecho y correspondiente deber de información en el ámbito asistencial sanitario es conocida por la Consejería consultante, habiendo sido expuesta en multitud de dictámenes emitidos a petición suya, se omite su reproducción. Baste ahora con recordar que, de conformidad con el régimen jurídico de la autonomía del paciente y el elenco de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, recogido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el paciente tiene derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, comprendiendo, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4). Este derecho de información se particulariza en el artículo 8 de la Ley, como consentimiento informado, libre y voluntario del afectado, que habrá de recabarse para toda actuación en el ámbito de su salud. El consentimiento habrá de serlo por escrito cuando se refiere a un procedimiento terapéutico invasor o que supone riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, como es el caso, y para obtenerlo habrá de ofrecerse información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos.

En el supuesto sometido a consulta, lo que se imputa a la Administración es una infracción de este deber respecto de los familiares del paciente, el cual, atendido su estado neurológico y consecuente incapacidad para entender la información, no podía decidir acerca de su propia salud, lo que determina que dicha información debía ser puesta en conocimiento de las personas vinculadas a ella por razones familiares o de hecho (art. 5.3, Ley 41/2002).

Revisado el expediente, en efecto, no consta que la Administración recabara por escrito el consentimiento de los padres para proceder al concreto recambio de la sonda PEG del menor realizado el 20 de diciembre de 2007, que sí fue formalizado por escrito en anteriores intervenciones similares acaecidas ese mismo año, en enero (folio 409 del expediente) y junio (folios 34 y 35).

La íntima vinculación entre estas intervenciones, que comparten finalidad, naturaleza, riesgos, alternativas de tratamiento y beneficios esperables, permiten relativizar las exigencias de información previa al consentimiento, aunque no las excluyen.

Y es que el artículo 8. 2 y 3 de la Ley 41/2002, exigen un consentimiento prestado por escrito en los casos de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, para la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Consentimiento escrito del paciente que será necesario para cada una de dichas actuaciones y que tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos. Por tanto, para cada recambio de sonda PEG y dada la trascendencia y naturaleza de la misma (recordemos que se trata de un dispositivo percutáneo que atraviesa la pared abdominal y el estómago), resultaba necesario recabar el consentimiento de los familiares por escrito, en la medida en que no concurre ninguna de las circunstancias que, al amparo del artículo 9 Ley 41/2002, permiten prescindir de la previa obtención del consentimiento escrito.

Ahora bien, la ausencia del documento formalizado de consentimiento informado previo a la intervención de 20 de diciembre de 2007 no implica que no se diera información a los familiares del joven para obtener su consentimiento consciente a la nueva intervención a realizar, toda vez que la historia clínica muestra que sí se ofreció información a la familia. En cuanto a su contenido y alcance, constan entre la referida documentación clínica sendas solicitudes de endoscopia digestiva, de fechas 18 de diciembre de 2006 (folio 409 del expediente) y 13 de junio de 2007 (folio 34 del expediente) para cambio de sonda PEG y de botón de gastrostomía, respectivamente. En ellos, ambos firmados por la hoy reclamante, se le informa de en qué consiste la endoscopia digestiva, que es el procedimiento invasivo que se utiliza para efectuar el cambio de botón PEG, y específicamente se le advierte de la posibilidad de perforación e infección, así como de la existencia de un riesgo mínimo de mortalidad, riesgos éstos que desgraciadamente se produjeron.

Sin embargo, a los folios 30 y siguientes del expediente consta un documento denominado "*consentimiento informado de endoscopia digestiva PEG: gastrostomía/yejunostomía percutánea endoscópica*", sin fecha y no firmado por representante alguno del paciente en el que se ofrece una información mucho más detallada y específica que la contenida en los documentos utilizados en las intervenciones anteriores y que ofrece lo que cabría calificar como nivel estándar de la información a trasladar a la familia. En concreto, respecto de la posibilidad de infección se explica que en la PEG existe un riesgo mayor que en la endoscopia ordinaria y que la infección puede pasar a la sangre produciéndose una sepsis, como así ocurrió.

Por otra parte, no consta en ninguno de los documentos firmados por la reclamante ni hay evidencias de ello en la historia clínica, que se trasladaran a la familia del joven los riesgos personalizados que la delicada situación basal del mismo conllevaba para la realización de los recambios de botón PEG. Señala el artículo 10.1, letra b) Ley 41/2002, que "*el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: (...) b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente*". Es evidente, y así se refleja en los informes tanto de los peritos de la aseguradora como de la Inspección Médica, que tales condiciones personales dificultaban la realización de la técnica, influyendo en ello "*la situación de deterioro del paciente, su anatomía y su extrema delgadez*" (informe de la Inspección Médica). El informe de la aseguradora afirma de modo expreso que "*en el caso concreto del fallecido las dificultades técnicas eran muy superiores a las habituales. Estas dificultades guardaban relación con la extrema delgadez del enfermo y con una escoliosis grave. Estos factores asociaban un mayor riesgo de complicaciones*". De hecho, en un recambio anterior, el de 4 de enero de 2007, se recoge en la historia clínica que la intervención fue difícil pues "*la longitud de la varilla metálica del botón es lo suficientemente larga como para hacer tope y traumatizar la pared posterior gástrica, dada la delgadez del paciente y su anatomía*".

De tales consideraciones médicas parece desprenderse sin dificultad que existían relevantes riesgos asociados a las condiciones intrínsecas del paciente, que eran susceptibles de incrementar las complicaciones esperables en las intervenciones a las que había de someterse, lo que debió ser trasladado a la familia y no consta que así se hiciera.

Ello permite considerar que los familiares del joven no obtuvieron una información suficiente y adecuada con carácter previo al recambio del botón PEG efectuado en diciembre de 2007, pues aunque la intervención era la misma que la ya realizada en ocasiones anteriores y, por tanto, con los mismos riesgos, no consta que se hubiera trasladado a la familia la información relativa a los importantes riesgos asociados a las condiciones personales del paciente.

En consecuencia, ante la vulneración del derecho de los familiares del paciente a ser informados de forma

suficiente acerca de los riesgos a que se enfrentaba aquél dada su compleja situación basal y ante la producción de un daño derivado de la intervención deficitariamente informada, ha de declararse la responsabilidad de la Administración sanitaria por el daño moral generado, consistente en privar a los padres del paciente de la posibilidad de decidir con pleno conocimiento y fundadamente sobre la salud de su hijo, dada la incapacidad de éste para poder adoptar por sí mismo tal decisión.

## SEXTA.- Cuantía de la indemnización.

Respecto de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la infracción de obligaciones legales en materia de prestación del consentimiento informado, la STS, 3<sup>a</sup>, de 29 de junio de 2010, señala que *"esta Sala viene admitiendo (por todas Sentencia 22 de octubre de 2009, con cita de otras anteriores, reiterada en la de 25 de marzo de 2009) que en determinadas circunstancias la antedicha infracción produce a quien la padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir. También reitera esta Sala que esa reparación, dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral, es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre otras, los días de hospitalización..."*. Esta doctrina se recoge, asimismo, en la STS de 24 de julio de 2012.

La precisa referencia en estos casos a la producción de un daño moral, y no de otra clase, consistente en la privación de la capacidad de decidir del paciente, o de sus representantes legales por él, excluye de la indemnización el daño físico o psíquico derivado de la materialización del riesgo no informado, daño del que habría que considerar que sólo tiene una indirecta o mediata relación de causalidad con el anormal funcionamiento del servicio sanitario, sin que tal relación de causalidad deba calificarse de adecuada, en términos jurídicos, para justificar el resarcimiento de tales daños. Ahora bien, como se desprende de la citada sentencia y de otras, ello debe entenderse sin perjuicio de que en la determinación de la indemnización por el daño moral deban tenerse en cuenta datos relativos a los padecimientos del enfermo. Por otra parte, de las sentencias reseñadas se desprende que también se pondera la entidad del riesgo materializado (en la sentencia transcrita se hace referencia a una posible consecuencia lesiva "grave" para la salud del paciente). Las SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Castilla y León -Valladolid-, de 18 de junio, y de Madrid, de 23 de marzo, ambas de 2010, consideran el daño moral como el único concepto indemnizable, y excluyen expresamente de la indemnización la concreta valoración de las secuelas producidas tras la intervención, si bien en la evaluación del daño moral la primera de ellas tiene en cuenta que las secuelas fueron temporales. No sigue esta línea jurisprudencial el TSJ de Murcia (por todas, Sentencia de 11 de octubre de 2012, que otorga una indemnización de 120.000 euros por la infracción de la *lex artis* consistente en no recabar el consentimiento informado del paciente).

Por último, nuestro Dictamen 2/08 ya avanzó que *"una hipotética indemnización con base en la ausencia de información completa, tendría que consistir en la fijación de una cantidad a tanto alzado que debería fijarse ponderadamente y de forma adecuada al caso, atendiendo al alcance de las secuelas, pero, en ningún caso, aplicando automáticamente el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que parte de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados, y recogido hoy en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor"*.

En aplicación de esta doctrina al supuesto sometido a consulta, la cuantía solicitada en concepto de indemnización (100.000 euros) sería excesiva, pues el único perjuicio resarcible sería la privación del derecho de la reclamante a decidir sobre la salud de su hijo, dada la incapacidad de éste para hacerlo por sí mismo. Adviéntase que, aunque se resarciera no por ese daño sino por la muerte del hijo, la indemnización ascendería a un máximo de 8.615,84 euros, aplicando el baremo del sistema para la valoración de daños a las personas sufridos en accidentes de

circulación correspondiente al año del deceso, el 2008.

Enfrentados a la difícil cuantificación del daño moral, procede fijar una cuantía indemnizatoria a tanto alzado que, en equidad, se estime adecuada para resarcir a la interesada por el indicado daño moral. En la determinación de esta cantidad han de influir diversas circunstancias concurrentes en el caso. Así, en primer lugar, aunque las consecuencias sobre la salud del paciente han sido gravísimas, ha de ponderarse el hecho de que el factor principal determinante del fallecimiento del enfermo hayan sido sus propias circunstancias intrínsecas más que la actuación médica seguida, pues "*el mal pronóstico de su proceso se relacionó de forma directa con su avanzado estado de deterioro neurológico y físico*" (informe de la aseguradora). Además, sí hubo traslado de cierta información sobre posibles complicaciones derivadas de la técnica endoscópica a la madre del paciente, si bien no puede considerarse probado que los riesgos que se le comunicaron fueran los específicos de la PEG y acordes a las condiciones personales del enfermo.

La valoración del daño moral en anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico se mueve, salvo casos extraordinarios, en una horquilla de entre 3.000 y 6.000 euros. Ponderando las circunstancias antes expuestas, considera el Consejo Jurídico que procede fijar como cuantía indemnizatoria en el presente supuesto la de 3.000 euros.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al apreciar el Consejo Jurídico que sí concurren en el supuesto sometido a consulta los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, conforme a lo indicado en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** La cuantía indemnizatoria habría de ajustarse a lo señalado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.