

Dictamen n.º: **323/19**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **14.08.19**

**DICTAMEN** de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de agosto de 2019, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015 de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. ....., por los daños y perjuicios sufridos que atribuye a una histerectomía en el Hospital Clínico San Carlos (HCSC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 2 de junio de 2017 se presentó en el propio HCSC un escrito que fue tramitado por la Consejería de Sanidad, como una reclamación de responsabilidad patrimonial por la persona citada en el encabezamiento; en aquél se solicitaba “*se asuma que se ha cometido una negligencia médica*”, sin pedir ninguna indemnización concreta, por los daños derivados de la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Clínico San Carlos. En el escrito se relata, que la reclamante fue intervenida en el referido centro hospitalario el 31 de octubre de 2016 de una histerectomía y tras “*cuatro días ingresada (...) fui dada de alta sin haberme explorado ningún médico en la zona genital por más que hice referencia a la molestia (...)*”.

La reclamante refiere que ya en su domicilio, se tuvo que extraer ella misma una gasa olvidada, en la vagina, acudiendo “*dos días después al Servicio de Urgencias, con fiebre alta y grandes dolores en el costado izquierdo*”.

La reclamante considera que, como consecuencia de ese supuesto olvido, padeció fiebre e infección urinaria con molestias en la vejiga y riñón y hubo que ponerle un catéter.

Tras el trámite de audiencia solicita una indemnización que ella denomina “*reparación moral*”, cuya cuantía sigue sin concretar, pese a haber sido requerida en este sentido.

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente en su conjunto, resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

La reclamante, de 42 años de edad en el momento de los hechos, fue intervenida el 31 de octubre de 2016 en el hospital, practicándosele una histerectomía total simple por vía laparoscópica. Respecto a la intervención quirúrgica en sí y según se desprende del informe del médico inspector (folio 109 del expediente): “*En el registro de la actividad de enfermería y en el listado de verificación del quirófano, no se aprecia ninguna anomalía*”. Asimismo, el contaje de gasas y de compresas es correcto: 20 gasas y 5 compresas entregadas y la misma cantidad de ellas recibidas.

Según el informe clínico (folio 9 del expediente) la paciente fue dada de alta el 3 de noviembre de 2016.

El 4 de noviembre de 2016, ya en su domicilio, la reclamante descubre una gasa en su vagina, que ella misma extrae y desecha.

El día 10 de noviembre de 2016 acudió al Servicio de Urgencias y manifiesta que *“lleva varios días con fiebre”*. Según el informe de dicho Servicio, se la efectuó una exploración vaginal; en dicho informe, se refiere efectivamente *“fiebre termometrada desde el lunes de más de 38°C”*, pero no se refiere nada relativo a la compresa quirúrgica *“olvidada”*. La paciente queda ingresada en el HCSC y se la deriva al Servicio de urología.

Se decide la colocación de catéter doble el día 13 de noviembre de 2016, para mejorar los síntomas. Dos días después, el 15 de noviembre, se produce el alta hospitalaria, tras mejoría clínica y analítica.

Con posterioridad, se le retira el catéter sin incidencias por el Servicio de Urología el día 13 de enero de 2017 y finalmente, se produce el alta laboral el día 17 de enero de 2017.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante en el hospital y los diversos informes (folios 32 a 61 del expediente). De estos haremos un breve resumen de los aspectos destacables de cara a las consideraciones de derecho.

Consta el informe clínico de 27 de junio de 2017, elaborado por el Servicio de ginecología y obstetricia del propio hospital (folios 69 y siguientes del expediente). De su contenido resaltamos: *“Es indudable que ha habido error al no haber extraído la compresa horas después de la intervención quirúrgica.”* Y concluye: *“Considero que la infección*

*urinaria nada tiene que ver con la compresa sino con la propia intervención quirúrgica por laparoscopia”.*

Respecto del informe de la Inspección Sanitaria de fecha 15 de septiembre de 2017 (folios 107 a 112) que analiza la historia clínica, los informes emitidos y tras realizar las oportunas consideraciones médicas, señala: *“lo que resulta evidente es que la compresa –que seguramente tenía una finalidad hemostática- debía haber sido retirada al término de la intervención”.* Y concluye, *“A la vista de lo actuado, hay indicios de que la atención prestada a la reclamante ha sido incorrecta o inadecuada por la siguiente razón: Se la dejó en vagina una compresa quirúrgica sin motivo justificado...”.*

Por último, consta el informe pericial emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) de la médico especialista en ginecología, de fecha 4 de diciembre de 2017 (folios 114 a 125) que como última conclusión señala que *“No existe relación entre la compresa retirada y la clínica posterior”.*

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a la interesada. Consta en el expediente que la reclamante formuló alegaciones (folios 129 a 130), reiterando los términos de su escrito inicial y añadiendo lo relativo a la *“reparación moral”*.

Finalmente, el 7 de mayo de 2019 el viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución en la que se desestima la reclamación al no concurrir el nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño.

**CUARTO.-** El 3 de junio de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 286/19 a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por la sección de esta Comisión Jurídica Asesora en la referida sesión.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud del Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero de 2016 (en adelante, ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC, dado que éste se incoó a raíz de la reclamación formulada con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esa ley.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector

Público (en adelante, LRJSP), en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria se prestó por el Hospital Clínico San Carlos, centro hospitalario integrado en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, la reclamante denuncia mala praxis en la intervención hospitalaria de 31 de octubre de 2016, por lo la reclamación presentada el 2 de junio de 2017, está en plazo legal.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. De acuerdo con el artículo 81 de la LPAC, se han recabado informes del Servicio de Ginecología y Obstetricia del HCSC y de la Inspección Sanitaria. Además, consta que se otorgó el trámite de audiencia a la reclamante y por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

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

**TERCERA.-** Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y*

*derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.*

El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

*“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y e) tiende a la reparación integral”.*

Según reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

En adición a ello, conviene recordar que la responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios; por cuanto que la medicina no es una ciencia exacta y lo que procede es analizar si se actuó conforme a la buena praxis médica exigible en ese momento.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso de 18 de septiembre de 2017 (recurso



787/2015), recuerda que, según 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 (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, como modo de 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”.*

**CUARTA.-** En este caso, la reclamante dirige su reproche a la actuación del hospital al que imputa *“la infección de orina con la consecuente implantación del catéter, dos meses sin hacer vida normal, molestias en la vejiga y en el riñón”* a consecuencia del olvido de una compresa en la vagina cuando terminó la intervención quirúrgica.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar el reproche de la reclamante, partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. Ello por mor del artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de noviembre de 2018 (recurso 309/2017), con cita de la

jurisprudencia del Tribunal Supremo. En particular, *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica”*.

Aunque la reclamante no ha aportado prueba que acredite con certeza la existencia de una compresa olvidada, esto resulta del informe de la inspección médica, que manifiesta en el apartado de consideraciones médicas, al folio 111: *“lo que resulta evidente es que la compresa –que seguramente tenía una finalidad hemostática- debía haber sido retirada al término de la intervención”*. Y el inspector médico concluye que: *“A la vista de lo actuado, hay indicios de que la atención prestada a la reclamante ha sido incorrecta o inadecuada por la siguiente razón: Se la dejó en vagina una compresa quirúrgica sin motivo justificado...”*.

Asimismo en el informe del propio servicio médico del hospital, da por hecho que esto sucedió, al leerse en el folio 70 del expediente: *“Es indudable que ha habido error al no haber extraído la compresa horas después de la intervención quirúrgica”*.

Así pues, partiendo del hecho del olvido de la compresa el día de la operación, lo que procede es analizar sus consecuencias para ver qué daño produjo y si hay o no relación de causalidad; y por tanto, si es o no indemnizable.

De las molestias y daños que alega la paciente, hay que descartar con claridad que una de ellos (dilatación pielocalicial del riñón izquierdo) se produjera como consecuencia del olvido de la compresa, ya que la paciente tenía determinados antecedentes con anterioridad. A esta conclusión llega tanto el informe de la inspección: *“En cuanto a la pielonefritis, no parece estar relacionada con la repetida compresa quirúrgica, si bien es posible que se trate de una complicación, ya*

*descrita, del tipo de cirugía a la que fue preciso someter a la reclamante”; como el informe pericial de parte de la ginecóloga: “la patología renal de la paciente no tiene relación alguna con el proceso infeccioso postoperatorio ni con la cirugía del catéter, sino que las causas de la dilatación pielocalicial izquierda fue la malformación congénita y la calcificación a nivel de uréter izquierdo que ya existía, al menos desde 2014”.*

Por tanto, descartamos como indemnizable lo relativo a la pielonefritis.

Los daños que se plantean únicamente como resarcibles, serían - en su caso- las molestias causadas por la compresa olvidada. Para ello, es clave analizar si dichas molestias al orinar, se deben directa e inmediatamente a la operación de histerectomía (eliminación del útero) o por el contrario, se produjeron como consecuencia del olvido de la tan citada compresa.

Así, es lo cierto que el informe clínico del propio servicio del HCSC, viene a reconocer el error cometido, al afirmar en el folio 70:

*“Es indudable que ha habido un error al no haber extraído la compresa horas después de la intervención quirúrgica. Ahora bien, he de decir que cuatro días de una compresa en vagina no es causa de infección grave. (...) Considero que la infección urinaria nada tiene que ver con la compresa sino con la propia intervención quirúrgica por laparoscopia”.*

Coadyuva a esta conclusión, la conducta de la paciente cuando se percató de la presencia de la compresa y la extrajo ella misma eliminándola después; sin embargo, no se entiende porqué desde que esto sucedió, el día 4 de noviembre y cuando en la llamada de un

familiar al propio hospital se le advirtió de la necesidad de ir a urgencias, no fue hasta el 10 de noviembre cuando acudió a dicho Servicio de Urgencias por una infección de orina. Ese día se la realizó la pertinente exploración vaginal y se describe el flujo vaginal como *“normal y fisiológico y vagina libre”*; según la ginecóloga especialista, si la infección hubiese sido debida a la compresa retenida, en la exploración vaginal de ese día de ingreso en urgencias *“el flujo vaginal hubiera sido maloliente”*.

En cualquier caso, y admitiendo que fue olvidada una compresa en la vagina, la infección urinaria no fue producida necesariamente por dicha circunstancia, y ello por el tiempo en que tardó en manifestarse (diez días después de la intervención). En este sentido, la consecuencia del informe de la ginecóloga (al folio 122): *“si esta compresa hubiera dado algún problema, la paciente hubiera acudido a urgencias nada más extraerla y no seis días después”*.

A mayor abundamiento, la Inspección Sanitaria llega a parecida conclusión. Dada la importancia que, en línea con la jurisprudencia, solemos otorgar a este informe por su fuerza de convicción que deviene de su profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes (así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (recurso 768/2016) entre otras muchas), es de destacar la conclusión a la que llega el inspector médico actuante al folio 112:

*“El dejar la compresa fue un error que ocasionó molestias innecesarias, pero no existe un mecanismo claro que ligue la presencia de la compresa a la infección urinaria que posteriormente se presentó. Parece probable que la infección fuera una complicación ligada al procedimiento quirúrgico, pero no necesariamente a la permanencia de la compresa”*.

Por ello, si bien la atención prestada a la reclamante ha sido incorrecta al habersele dejado en la vagina una compresa quirúrgica sin motivo justificado, la infección urinaria es (y en ello coinciden todos los informes) sería una consecuencia posible y motivada por la propia histerectomía. Así pues, los daños antijurídicos son las molestias producidas por dicho olvido, lo que nos lleva a la consideración jurídica siguiente, para valorar su indemnización.

**QUINTA.-** Para concretar el aspecto indemnizatorio, hay que acudir al criterio de actuación conforme a la denominada *lex artis* que se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese parámetro básico.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de noviembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 430/2009), declaró:

*“Por las razones que fueran, lo cierto es que la falta de retirada del material quirúrgico empleado es claramente indicativa de una evidente falta de cuidado por los facultativos que participaron en la intervención quirúrgica incumpliendo además las normas recogidas en el protocolo del centro en relación con el recuento del material empleado en las intervenciones quirúrgicas”.*

Respecto a esta problemática, el Consejo Consultivo ya señaló en sus dictámenes 318/2015 y 447/2011:

*“Ciertamente el olvido de material quirúrgico en el cuerpo de un paciente no puede sino considerarse como una actuación contraria a la *lex artis ad hoc*, así las Sentencias del Tribunal Superior de*

*Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2009 (Recurso 231/2007) y de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2001 (Recurso 723/1999)”.*

Este tipo de daño moral irrogado ha sido reconocido en los dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora y en particular, el nº 212/17 de 25 de mayo y el reciente nº 71/2018 de 15 de febrero, que reconoce a la reclamante un daño moral derivado de la circunstancia de haber tenido dentro de su cuerpo un objeto extraño, a causa de una actuación contraria a la buena práctica médica.

En el supuesto que nos ocupa, reiteramos que el quantum indemnizatorio será solo por las molestias innecesarias causadas por el olvido de la compresa quirúrgica en vagina. Respecto a la cuantía pecuniaria, la reclamante no la ha concretado, a pesar de ser requerida al efecto por el instructor. Refiere la existencia de “*reparación moral*” en su escrito inicial y posteriormente en el trámite de audiencia, al folio 63, solicita que “*la cuantía sea la que estipula la ley*”.

En concreto, la cuantía de la indemnización que proponemos, se ceñirá al tiempo en que tuvo en su vagina la compresa quirúrgica, es decir, cuatro días: desde el 31 de octubre de 2016 al día en que ella misma se la extrajo, el 4 de noviembre de 2016 y asciende a un total de 1.000 € en concepto de daño moral.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede estimar la reclamación formulada, por cuanto que la paciente tuvo que soportar un daño antijurídico que cuantificamos en 1.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 14 de agosto de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 323/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid