

Dictamen nº: **505/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.11.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 22 de noviembre de 2018, 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 asunto promovido por de Dña. sobre indemnización de los daños y perjuicios relacionados con la necesidad de ser operada por segunda vez debido a la insuficiencia de la exploración realizada durante una intervención quirúrgica destinada a la extirpación de una hernia inguinal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de julio de 2015 se presentó en el Registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), solicitud firmada por la reclamante ya identificada con fundamento en la asistencia sanitaria prestada por los servicios sanitarios autonómicos a partir del día 23 de enero de 2013. En aquella fecha, la paciente reclamante había acudido al Hospital Universitario Infanta Elena (en adelante, HUIE) con el objeto de que se le realizara una ecografía al presentar una adenopatía inguinal en la zona derecha, que sería diagnosticada como hernia

inguinal en consulta de 18 de febrero de 2013, en la cual se programó una intervención quirúrgica para el tratamiento de la dolencia.

Refiere el escrito de reclamación que, antes de que se pudiera llevar a cabo la intervención, la paciente acudió de nuevo a consulta el 8 de abril de 2013 al haberse notado un nuevo nódulo, esta vez en la región inguinal izquierda. Ante ello, el facultativo responsable decidió anular la inclusión de la paciente en la lista de espera a fin de evaluar primero las nuevas lesiones, que, tras la realización de la correspondiente ecografía, serían valoradas como hernia crural versus conducto de Nuck. A la reclamante se le puso de nuevo en la lista de espera, esta vez para tratar ambas hernias.

Sigue relatando la reclamación que, ya en la fecha del 24 de febrero de 2015, la paciente acudió de nuevo al especialista toda vez que, aunque el bultoma no había aumentado, la patología que había presentado en el año 2013 se había hecho molesta con el paso del tiempo, decidiendo operarse solo del lado derecho, ya que el izquierdo no le molestaba. La intervención quirúrgica se llevaría a cabo el 15 de abril *“sin realizarle prueba diagnóstica alguna”*. En la intervención, según expresa, no se apreció defecto herniario en la exploración del orificio crural, a pesar de lo cual la facultativa realizó una hernioplastia con malla de PPL, siendo dada de alta hospitalaria horas después de la intervención.

Casi un mes después, el 13 de mayo, la paciente acudió a Urgencias al detectar que el bulto inguinal derecho continuaba exactamente en la misma zona y provocaba las mismas molestias previas a la intervención, concluyéndose de una correcta interpretación del informe de Urgencias que se trataba precisamente del mismo bultoma, que, de esta forma, no había sido extraído en la intervención quirúrgica.

Tras ello, la paciente perdió por completo la confianza en los facultativos del HUIE por dos motivos fundamentales: por haber informado a sus familiares tras concluir la intervención quirúrgica que se le había extraído un quiste de Nuck, lo cual no era cierto, y porque la médico que la realizó informó a la propia paciente de que la operación había sido de una hernia inguinal, cuando del informe de la intervención se deduce que en la exploración del orificio crural no se apreciaba ningún defecto herniario.

A continuación, la reclamante resumía las irregularidades que, conforme a la referida exposición de antecedentes, se deducían en el caso: 1ª) Cuando acudió por primera vez al HUIE en el año 2015, no se le realizó ninguna prueba que confirmara los resultados de las pruebas practicadas en el año 2013, que eran incompletas y sugerían la posibilidad de hernia inguinal y un probable quiste de Nuck. 2ª) Los familiares fueron informados de que se había extraído un quiste, lo cual no era cierto. 3ª) La paciente fue informada por la médico que le intervino, una vez que volvió a notar el mismo bulto durante el postoperatorio, de que había sido intervenida de una hernia, lo cual tampoco era cierto. 4ª) Resulta de todo ello que se ha llevado a cabo una intervención quirúrgica con anestesia general, que no sirvió absolutamente para nada.

La reclamante, que consideraba concurrentes los presupuestos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitaba ser indemnizada por los perjuicios sufridos, cuya cuantificación no precisaba. No obstante, dejaba señalado que aquellos consistían en una baja de entre tres y cuatro meses, el perjuicio estético al realizarle cirugía abierta con cierre de grapas en la zona afectada, daños psicológicos, una nueva intervención quirúrgica para la extirpación del quiste, ansiedad por esa nueva intervención y, lo peor de todo, continuar durante meses con dicho quiste el cual ya era

doloroso y molesto al tener que entrar nuevamente en lista de espera, esta vez, en el Hospital 12 de Octubre (HUDO).

Se acompañaba a la reclamación diversa documentación relacionada con el proceso asistencial, así como la respuesta dada por el director médico del HUIE a un escrito remitido al Servicio de Atención al Paciente con fecha 14 de mayo de 2015. En ella (folios 19 y 20 del expte. admvo.) se ofrecían disculpas a la paciente por *“una valoración intraoperatoria que resultó ser insuficiente”* y se le insistía en la conveniencia de proceder a una intervención para la extirpación del quiste ante la persistencia del dolor, recordándole que el jefe del Servicio de Cirugía General y Digestivo había quedado a su disposición para llevar a cabo personalmente la cirugía en el momento en el que la reclamante considerase oportuno.

SEGUNDO.- La paciente, remitida por el Servicio de Ginecología del HUIE, tras apreciar en una exploración física un nódulo rodadero de 2 cm. no doloroso en la región inguinal derecha, fue valorada por primera vez por el Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo en la fecha del 18 de febrero de 2013. Portaba el resultado de una ecografía de partes blandas solicitada por el servicio remitente, que le había sido practicada el día 23 de enero. En el informe correspondiente se hacía constar que *“Se aprecia imagen anecoica bien definida de pared fina de unos 23 x 14 mm en zona inguinal derecha medial a los vasos y que en su margen proximal presenta una morfología de adelgazamiento pareciendo conectar a través de un fino cuello con cavidad pélvica, produciéndose variaciones de su tamaño con maniobras de valsava, objetivando una morfología sacular en plano sagital rodeada de una fina banda de grasa. Los hallazgos sugieren posibilidad de hernia inguinal con contenido líquido”*. Por parte del especialista, tras proceder a una exploración, se diagnosticó la existencia de una hernia crural derecha. En el informe correspondiente se hace constar que se explicó a la paciente la patología

y la técnica quirúrgica, así como sus posibles complicaciones, firmándose por aquella el consentimiento informado.

El 8 de abril del 2013 la paciente acudió de nuevo a consulta, esta vez con motivo de la aparición de un nuevo nódulo en la región inguinal izquierda, si bien no presentaba molestias a la exploración ni en el lado derecho ni en el izquierdo. En el informe correspondiente se hace constar que se anula la inclusión en la lista de espera hasta la confirmación de las lesiones, a la espera de descartar una posible patología herniaria izquierda.

En la ecografía realizada el 29 de mayo de 2013, se anotó: *"En lado izquierdo imagen compatible con pequeña hernia inguinal de contenido graso que se reduce en reposo. Imagen quística en zona inguinal hacia la vulva en lado derecho que mide 13x26 mm, presenta pared bien delimitada y una imagen tabicada y redonda en su interior, presenta forma ovoidea y en su extremo proximal conecta con estructura tubular o de cordón que penetra hacia cavidad pélvica. No fluctúa con maniobras de Valsalva. Sugestivo ecográficamente de probable quiste de Nuck".*

En la valoración realizada el 3 de junio de 2013, se hizo constar como comentario clínico el de *"hernia inguinal izquierda y en la derecha hernia crural"*. Se programó la realización de una cirugía de hernia bilateral abierta, firmando la paciente el consentimiento informado y se mandaron pruebas preoperatorias. Aunque la paciente aceptó la intervención de la hernia inguinal bilateral y firmó el consentimiento informado correspondiente, posteriormente no acudió a la consulta de Anestesia, poniéndose de esta forma punto y aparte a la intervención.

La paciente volvió a consulta el 24 de febrero de 2015, y se le propuso que se sometiera a intervención quirúrgica de la hernia inguinal derecha y del quiste de Nuck, puesto que no quería ser

operada del lado izquierdo al ser asintomático. Le fue explicada de nuevo la técnica quirúrgica y las posibles complicaciones, firmando el documento de consentimiento informado.

La intervención quirúrgica se llevó a cabo a primera hora del 15 de abril de 2015, fecha en que la reclamante contaba con 39 años de edad. En el informe quirúrgico se describía la intervención en los siguientes términos: *"Anestesia general. Inguinotomía dcha. Disección de elementos. Exploración del orificio crural sin apreciar defecto herniario. Saco herniario indirecto. Hernioplastia con malla de PPL según técnica de Liechtenstein. Cierre aponeurótico con Vicryl O. Subcutáneo vicryl 3/0. Piel con grapas"*. La paciente fue dada de alta por la tarde, indicándosele tratamiento antibiótico, lavado de la herida, evitar esfuerzos durante un mes, retirada de agrafes en 7 días y asistencia a consulta el 15 de abril.

En la fecha del 13 de mayo de 2015, la actual reclamante acudió a Urgencias del centro sanitario de constante referencia con motivo de presentar un bultoma y dolor en la zona inguinal derecha. En el informe correspondiente se hizo constar que, a la exploración, se pudo palpar una hernia femoral recidivada y dolorosa a la palpación, que protuía al toser y un nódulo a nivel inguinal superior que no era reductible e impresionaba encarcerado vs. Malla. En la ecografía que se le realizó en el acto, se observó *"Imagen quística en zona inguinal hacia la vulva en lado derecho que mide 10 x 26 mm, presenta pared bien delimitada. Su extremo proximal conecta con estructura tubular o de cordón que penetra hacia cavidad pélvica. Superior a esta imagen se identifica malla quirúrgica. No fluctúa con maniobras de Valsalva"*. La paciente, cuando estaba pendiente de ser valorada por Cirugía, solicitó irse a su casa y acudir a consultas externas. Tras ser informada de los posibles riesgos, se le dio el alta con el juicio diagnóstico de dolor abdominal, pidiéndose por el facultativo correspondiente que fuera citada en la primera

consulta disponible de la profesional que le había operado el 15 de abril.

La reclamante fue vista por la cirujana de referencia el 18 de mayo de 2015 y, posteriormente, por el Jefe del Servicio de Cirugía General. Se realizó la exploración física, donde se apreció un bultoma en el pliegue inguinal/labio mayor derecho, compatible con un quiste, por lo que se le propuso la reintervención.

La reclamante, que decidió cambiar de centro hospitalario, fue intervenida finalmente en el HUDO el 26 de octubre de 2015, tras objetivar mediante una radiografía una hernia crural derecha. Según refiere la Inspección Sanitaria en su informe, el diagnóstico posoperatorio fue de hernia femoral, y *“No consta, o no lo hemos encontrado, la extirpación del Quiste de Nuck”*.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Constituyen aspectos a destacar de su tramitación, los siguientes:

Recibida la reclamación, por oficio de 29 de julio de 2015, de la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas del SERMAS, se puso en conocimiento de la reclamante la admisión a trámite de la reclamación, el plazo para la resolución del procedimiento y el sentido de un posible silencio administrativo.

A continuación, y previa su solicitud por parte de la instructora, se incorporó al procedimiento el historial clínico correspondiente a la asistencia sanitaria prestada a la reclamante en el HUIE y se solicitaron los informes que se consideraron oportunos.

El jefe de Servicio de Cirugía General y Digestivo del HUIE, mediante informe de 7 de septiembre de 2015, expuso de forma detallada los pormenores de la asistencia prestada a la reclamante y ofreció una explicación a las decisiones adoptadas con respecto a la paciente en el proceso asistencial.

Posteriormente, se pasó el expediente a la Inspección Sanitaria, que, mediante informe de 25 de febrero de 2016, y después de reseñar los antecedentes fácticos de la reclamación y las consideraciones médicas que se tuvieron por oportunas, estableció como conclusión que, *“si bien es cierto que han existido lagunas informativas de la asistencia sanitaria prestada, esta última estuvo dirigida a la corrección de un defecto herniario crural derecho indirecto y que fue intervenido nuevamente en el Hospital Doce de Octubre el día 26-10-2015”*.

A continuación, figura incorporado al expediente administrativo un informe correo electrónico remitido a la aseguradora de la Consejería de Sanidad, en el cual se da cuenta de un modo sucinto del hecho de haber ofrecido una indemnización de 3.321,78 euros a la reclamante, y del rechazo de dicho importe por parte de aquella.

Concluida la instrucción, por sendos oficios de 14 de noviembre de 2017 se concedió el trámite de audiencia a la reclamante y al HUIE. La primera, mediante escrito de 21 de noviembre, expresó su disconformidad con el informe aportado al procedimiento por el jefe del Servicio de Cirugía General del HUIE y reiteró que, bajo su criterio, se le había sometido a una intervención quirúrgica con anestesia general *“para nada”*, al tener que ser repetida la operación al poco tiempo para conseguir finalmente acabar con sus molestias y que, además, la exploración realizada al cabo de un mes para valorar el bultoma fue también incorrecta, toda vez que se dio cuenta en la misma de la existencia de un quiste como explicación de la pervivencia del dolor

cuando, en realidad, se trataba de una hernia crural derecha. A esta última apreciación se llegó, según indicaba, en la primera revisión de la paciente en el HUDO, realizada el 3 de junio de 2015. Asimismo, en cuanto a la cantidad que le había sido ofrecida por la aseguradora, lamentaba que por parte de esta solo se tuvieran en cuenta los perjuicios consistentes en 1 día de hospitalización, 14 improductivos, 30 no improductivos y 2 puntos de secuela por malla protésica. Frente a ello, daba cuenta del hecho de haber permanecido de baja laboral desde el 15 de abril de 2015 al 27 de enero de 2016, de haberse tenido que someter a dos intervenciones quirúrgicas con anestesia general por la exploración incompleta, de la circunstancia de presentar una cicatriz de 7,5 cm. y de la ansiedad y angustia que padeció ante la perspectiva de tener que volver a ser intervenida, por lo que solicitaba un aumento de la cuantía indemnizatoria.

No fue hasta la fecha del 1 de marzo de 2018, cuando el gerente del HUIE presentó su escrito de alegaciones. En el mismo, se manifestaba en contra de la reclamación al considerar que la paciente había sido objeto de una asistencia adecuada, según se derivaba de los informes emitidos en el curso del procedimiento por el jefe del Servicio de Cirugía General del HUE y por la Inspección Sanitaria.

Formalizada la audiencia, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución de 17 de octubre de 2018 en el sentido de estimar la reclamación patrimonial reconociendo a la interesada una indemnización de 3.778,19 euros. En concreto, la propuesta, tras referir la parte final y la conclusión del informe de la Inspección Sanitaria, señalaba: *«Es decir, y en palabras comprensibles para legos en la materia, puede decirse que el hecho es que la paciente tenía un bulto antes de la cirugía que se pensaba correspondía a un quiste de Nuck, y tras la misma (en la que se detectó un saco herniario indirecto, que fue reparado), lo seguía teniendo; por ello, precisó otra intervención en el*

Hospital Doce de Octubre, en la que ya sí le fue extirpado el “bulto”, aun cuando los hallazgos intraoperatorios mostraran que no era un quiste de Nuck, sino que el causante era un tipo distinto de hernia. Y es precisamente ese el daño que procede indemnizar: esa segunda intervención quirúrgica que no habría sido necesaria de haberse llevado a cabo correctamente, y de un modo completo, la primera». Por lo que se refiere el importe de la indemnización, matizaba que a la reclamante le correspondía a título de resarcimiento un importe de 3.653,96 euros, que surgía de la adición al periodo de estabilización lesiva (1 día de baja hospitalaria, 14 impeditivos y 30 no impeditivos, 1.832,48 € más 183,25 € por un 10% de perjuicios económicos sin justificar), de 2 puntos de secuelas por la colocación de la malla sin limitaciones funcionales y sin estar prevista su retirada (1.489,30 € más 148,93 € un 10% de perjuicios económicos sin justificar). El resto de la indemnización hasta totalizar los 3.778,19 euros propuestos como indemnización total, respondían a su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

En dicho estado del procedimiento, por parte del consejero de Sanidad se ha recabado dictamen, habiendo tenido entrada la correspondiente solicitud en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el 24 de octubre. Tras ser registrada con el nº 472/18, correspondió al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 22 de noviembre de 2018.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según 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, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP). Así se deduce del hecho de haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 31.1 de la LRJ-PAC, al ser la persona afectada por la asistencia sanitaria pretendidamente deficiente.

En cuanto a la legitimación pasiva para soportar la reclamación, le corresponde a la Comunidad de Madrid, titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

No obsta a lo anterior el hecho de la prestación sanitaria haya sido realizada a través de una entidad de derecho privado concertada con la Comunidad de Madrid. En este punto, siguiendo la doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (entre otros muchos, Dictamen 356/18, de 26/7), las consecuencias del funcionamiento de los servicios públicos correspondientes a prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud le resultan imputables a dicha Administración sea cual fuere la relación jurídica que le una al personal y a los establecimientos que los ejecuten, sin perjuicio de la posibilidad de repetición que le pueda corresponder. Dicha doctrina es seguida también por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (verbigracia, en S. de 6/7/2010, R. 201/2006).

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 10.1 del RPRP, se ha recabado informe del servicio relacionado con el daño alegado, que en este caso es el de Cirugía General del HUIE. Asimismo, se ha incorporado al expediente administrativo un informe de la Inspección Médica sobre los hechos que motivan la reclamación, así como la historia clínica de la atención sanitaria prestada a la reclamante en el centro sanitario anteriormente referido.

Instruido el procedimiento, se ha otorgado el trámite de audiencia previsto en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP a la reclamante, así como al HUIE, y se ha elaborado la propuesta de resolución.

De esta forma, no se observan en el procedimiento defectos de tramitación que puedan producir indefensión o impidan que el procedimiento alcance el fin que le es propio.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo. Este plazo se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el caso examinado, la reclamación se relaciona con una intervención quirúrgica efectuada el 15 de abril de 2015, que se estima no ofreció el resultado pretendido por lo cual tuvo que someterse a una nueva operación el 26 de octubre de ese mismo año. De esta forma, es de todo punto evidente que el escrito de reclamación presentado el 23 de julio de 2015, lo fue con anterioridad al transcurso de un año desde la fecha de determinación de las secuelas.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en

el artículo 139 de la LRJ-PAC (actual 32 de la LRJSP) y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente en relación a una persona o grupo de personas;

b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por La reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor, y

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

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que

“... lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente

que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, señala también el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada con profusión (por todas, la STS de 19/5/2015, RC 4397/2010) que

*"... 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* 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, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la*

infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que

"... la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado".

En el caso sujeto a análisis, el daño alegado por la reclamante reside en el haberse tenido que someter a una segunda intervención quirúrgica que reputa innecesaria, en los días de baja correspondientes a la recuperación, en el perjuicio estético derivado de realizarle una cirugía abierta con cierre de grapas en la zona afectada, en el dolor que había tenido que soportar entre una y otra intervención y en los daños psicológicos. No obstante, conviene precisar que, por su parte, no se ha presentado acreditación del perjuicio estético como tampoco con relación a haber sufrido un daño psicológico que vaya más allá de la

consustancial y presumible situación de incertidumbre que va ligada a la previsión de someterse a una intervención quirúrgica.

Matizado lo anterior, conviene reparar en la doctrina sobre la carga de la prueba, aplicada al ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria. En este punto, la regla general reside en que, para que un determinado daño resulte imputable a la Administración, es necesario satisfacer la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, que recae en quien la reclama. Así, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (recurso 658/2015), *“la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la indemnización, sin que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce”*.

Ahora bien, constituye también jurisprudencia consolidada aquella que sostiene que esa regla general de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los supuestos en los que faltan en el procedimiento datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, se viene señalando que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales pueda tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido, cabe entender conculcada la *lex artis* puesto que al no proporcionar a los interesados esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal (SSTS de 19/5 y de 27/4/2015, RRCC 4397/2010 y 2114/2013).

Ciertamente, en el caso analizado, la reclamante, gravada con la carga de probar la infracción de la *lex artis* en la asistencia que le ha sido prestada, no ha presentado un informe médico o científico, avalado por profesional competente y redactado *ad hoc*, que produzca la convicción de que dicha situación se ha dado. Por el contrario, los informes médicos aportados al procedimiento lo han sido todos ellos a iniciativa del instructor del procedimiento, y, junto a ellos, existe un documento, aportado por la propia reclamante, que, sin constituir propiamente un informe médico, parece reconocer que la asistencia médica ha sido deficiente, con la singularidad de que, además, su origen está en la propia Administración, en concreto en el director médico en respuesta a una queja de la reclamante ante el Servicio de Atención al Paciente del HUIE.

Conviene comenzar por referir los términos del último informe, puesto que, por una parte es el primero en ser emitido desde el punto de vista temporal (el 27 de mayo de 2015) y, por otra, es precisamente el único aportado por la reclamante. Dice en su parte fundamental:

“(...) El día 15 de abril fue intervenida quirúrgicamente. Durante la intervención los cirujanos (...) confirmaron la presencia de una hernia inguinal derecha y procedieron a su reparación según técnica habitual colocando una malla de polipropilene. Durante el procedimiento realizaron exploración quirúrgica del área sin apreciar un claro quiste de Nuck, interpretando (...) que una reflexión del peritoneo en el proceso peritoneo vaginal correspondía al referido quiste de Nuck y por ello informó a los familiares que se había extirpado dicho quiste.

Durante el postoperatorio la paciente apreció la persistencia de dicho quiste en la misma zona y con el mismo dolor. Tras acudir a la consulta de Cirugía General (...) le explicó que efectivamente no se

había extirpado el quiste y se había limitado a reparar la hernia al no haber podido localizar el quiste durante el acto quirúrgico. (...)

Informarle también que se ha mantenido una reunión con los cirujanos responsables de su intervención para que no vuelva a suceder un hecho similar, pues lamentarnos sinceramente todo lo sucedido (...)”.

Ya en el curso del procedimiento de responsabilidad patrimonial, el informe del jefe de Servicio de Cirugía General y Digestivo, de fecha 7 de septiembre de 2015, que es el mismo al que hacía referencia como titular de tal cargo el informe del director médico del HUIE, tras analizar los antecedentes de la asistencia prestada a la reclamante, ofrece siguientes explicaciones sobre las actuaciones asistenciales practicadas. Así, en lo relativo a la pretendida falta de realización de pruebas suficientes antes de la intervención quirúrgica, explica:

“(...) 3- El diagnóstico de una hernia inguinal habitualmente es clínico, con la exploración física. Únicamente cuando existen dudas diagnósticas se solicita una ecografía de partes blandas que tiene una elevada sensibilidad diagnóstica, no siendo necesario realizar más pruebas de imagen (TAC) que pueden conllevar un riesgo de irradiación para el paciente, excepto en casos de elevada sospecha de complicación posoperatoria sin filiar. En el caso de [la reclamante] el resultado final no ha sido consecuencia de un estudio preoperatorio insuficiente (por incompetencia profesional o falta de medios). La ecografía y la exploración clínica han ofrecido preoperatoriamente la información suficiente y correcta para establecer el diagnóstico exacto y la indicación de cirugía, como lo demuestra la confirmación de una hernia inguinal derecha durante la intervención quirúrgica”.

Por lo que se refiere a la intervención quirúrgica, matiza a lo señalado por la reclamante:

“4- Durante la intervención quirúrgica se exploraron tanto el orificio inguinal como el crural derechos. No se encontró un saco herniario por el orificio crural, y sí por el orificio inguinal profundo (hernia indirecta). El orificio crural se trata de un orificio próximo a los vasos iliaco-femorales. Es un punto de debilidad y en ocasiones (más frecuente en mujeres) el peritoneo protruye por este espacio, presentando clínica de nódulo doloroso en la región inguinal. (...)

6- Cuando la paciente acude a urgencias, (...) dicha ecografía realizada en la urgencia describe nuevamente una imagen quística en región inguinal derecha. (...)

7- Ante la sensación de desconfianza por la confirmación de la persistencia de la tumoración inicial, la paciente fue atendida por el Jefe de Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo (...) quien le explicó que:

- Existía una hernia inguinal indirecta en el lado derecho que, durante la operación fue reparada con una malla de polipropileno (PPL).

- En la exploración del orificio crural no se encontró ninguna herniación.

- A su juicio y visto el resultado final, la exploración quirúrgica pudo ser insuficiente.

- El cirujano ayudante en la intervención quirúrgica (...) cuando transmitió a sus familiares que se había quitado el quiste se estaba

refiriendo al repliegue del peritoneo vaginal que se apreció herniado por el orificio inguinal”.

Por lo que se refiere al informe de la Inspección Sanitaria, este recoge los antecedentes de hecho y, en cuanto a las consideraciones médicas, se remite prácticamente en su integridad a las realizadas por el jefe de Servicio en su informe previo. No obstante, al referirse a las disculpas de dicho jefe ante la paciente, menciona que este incluso planteó a la paciente *“la posibilidad de que la exploración quirúrgica hubiera podido ser insuficiente”* y, ya en el apartado de *“Conclusiones”*, únicamente hace referencia a la existencia de lagunas informativas en la atención prestada.

De la lectura de las partes fundamentales de los informes, deducimos que la postura del jefe de Servicio es clara en cuanto a la insuficiencia de la exploración quirúrgica realizada a la paciente durante su intervención: primero aparece relatada en la respuesta del director médico a la queja presentada ante el Servicio de Atención al Paciente y, con posterioridad, es igualmente reflejada en su propio informe. De la claridad con la que se expresan ambos, puede deducirse que, cuando el responsable del Servicio de Cirugía General y Digestivo se refería a que el examen quirúrgico había sido insuficiente, no lo hacía en términos de mera hipótesis o posibilidad, como parece deducirse del informe de la Inspección Sanitaria, sino como juicio deductivo que surge del análisis de las circunstancias del caso en relación con los propios conocimientos especializados en la materia y con las enseñanzas que proporciona la experiencia. No se explica de otra manera el que, según refleja el informe del director médico del HUIE, se llamara la atención a los facultativos para que no volvieran a producirse situaciones semejantes. De esa forma lo interpretan, por otra parte, tanto la aseguradora, que ofrece una indemnización a la reclamante sin hacer objeción en cuanto a su fundamentación en la

referida insuficiencia asistencial, como la misma propuesta de resolución, que considera que la exploración realizada a la reclamante durante la intervención quirúrgica practicada en el HUIE, fue incompleta.

En cualquier caso, lo anterior no debe llevar a obviar ciertas matizaciones del informe del jefe de Servicio de Cirugía General y Digestivo, con respecto a algunas otras quejas que se recogen en el escrito de reclamación y no son reconocidas como tales por dicho responsable. En particular, en lo referido a la afirmación de la reclamante en el sentido de que fue engañada por los facultativos del Servicio tras la intervención. Lo explica así su informe:

«En el informe quirúrgico se describía la intervención en los siguientes términos: "Anestesia general. Inguinotomía dcha. Disección de elementos. Exploración del orificio crural sin apreciar defecto herniario. Saco herniario indirecto. Hernioplastia con malla de PPL según técnica de Liechtenstein. Cierre aponeurótico con Vicryl O. Subcutáneo vicryl 3/0. Piel con grapas". Este dato reflejado en el informe quirúrgico como "saco herniario indirecto" indica que, efectivamente, existía una hernia inguinal que protruía por el orificio inguinal profundo. Es en el orificio crural (otro orificio diferente, como lo describiremos posteriormente) donde no hay herniación de peritoneo. Se hace esta aclaración en el informe, porque en ocasiones este tipo de hernias (hernias crurales) pueden pasar desapercibidas. Esta información es la que se transmitió a la familia por el Dr. (...), sin que existiera ningún tipo de engaño».

De esta forma, los únicos perjuicios que deben ser indemnizados son los relacionados con la necesidad de que la paciente se sometiera a una segunda intervención quirúrgica.

QUINTA.- Las anteriores conclusiones conducen a valorar el perjuicio causado a la reclamante. Al respecto, ya hemos matizado anteriormente que no se ha producido prueba en cuanto a los alegados perjuicios estéticos ni en cuanto a la afección psicológica de la paciente.

Tanto de las alegaciones de la reclamante en el trámite de audiencia como de la propuesta de resolución, se deduce que la cantidad ofrecida por la aseguradora a la reclamante deriva del reconocimiento como perjuicios de un día de baja hospitalaria, catorce de baja impeditiva y treinta de recuperación no impeditiva, a los que se unen dos puntos por secuelas, pero no por razón de un hipotético daño estético, sino por la colocación de la malla sin limitaciones funcionales y sin estar prevista su retirada.

La valoración de estos perjuicios se ha realizado conforme a lo previsto en la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en relación con el Anexo del 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, aplicable al caso a la vista de la disposición transitoria de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Esta Comisión se viene acogiendo a la aplicación del referido baremo, no obstante su carácter meramente orientativo, salvo que, por vinculación al principio de integridad de la reparación del perjuicio, se aprecie que no su aplicación no atiende a la entidad del daño realmente padecido.

Se da la circunstancia de que la reclamante, pudiendo hacerlo, no realiza una objeción fundamentada a esta valoración en su escrito de alegaciones. Ello se suma a la circunstancia de no haber valorado tampoco el perjuicio en el escrito de reclamación, por lo que se considera adecuado ajustarse a la valoración realizada por la Administración, que eleva el momento del perjuicio a la cantidad de 3.653,96 euros.

A dicha cantidad ha de aplicársele la actualización que marca la ley. En concreto, el artículo 141.3 de la LRJ-PAC impone que se haga teniendo en cuenta la fecha de la resolución, interpretación que entendemos asume la propuesta de resolución no obstante practicarla en mérito a la fecha en la que es emitida esta última, lo que sin duda tiene razón de ser en el desconocimiento que en dicho momento se tiene de la fecha en que se dictará la resolución definitiva.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, indemnizando a la reclamante en la cantidad de 3.653,96 euros, cantidad que deberá ser objeto de actualización.

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 22 de noviembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 505/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid