

Dictamen n<sup>o</sup>: **285/14**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **18.06.14**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 18 de junio de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por T.M.A., sobre responsabilidad patrimonial por la incidencias ocurridas en el Hospital Universitario 12 de Octubre de Madrid al retirar un dispositivo postoperatorio de drenaje.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 26 de julio de 2013 se presentó a través de los servicios postales solicitud de indemnización económica, formulada por T.M.A., en la que ponía de manifiesto que, el 1 de abril de 2013 había sido intervenida quirúrgicamente al padecer un carcinoma renal. La reclamante refiere que la intervención transcurrió sin complicaciones, cerrando la cicatriz producida por la referida operación quirúrgica por planos y con grapas.

Según la interesada, tras la intervención quirúrgica, al intentar extraer el drenaje, éste se partió quedando un trozo dentro del cuerpo de la paciente. Manifiesta que este incidente provocó la necesidad de una nueva intervención quirúrgica con anestesia general, para apertura de la herida

quirúrgica, extracción de drenaje mediante lumbotomía y cierre de nuevo de la cicatriz con grapas, lo que se llevó a cabo el día 4 de abril siguiente.

La interesada indicaba que el personal sanitario actuó con impericia, colocando el drenaje de forma defectuosa, por lo que al intentar su extracción se rompió y quedó dentro del cuerpo de la paciente. Reprocha asimismo que en ningún momento ni a ella ni a sus familiares se les informó verazmente de lo sucedido.

Consideraba que a consecuencia de lo que estima una infracción de la *lex artis*, tuvo que sufrir una nueva operación, con las consecuencias y riesgos que conlleva, por lo que reclamaba una indemnización, en cuantía no concretada, por los daños y perjuicios físicos y morales sufridos.

Aportaba con su escrito diversa documentación médica relativa a la asistencia sanitaria recibida (folios 7 a 14 del expediente). Y, finalmente, designaba un despacho de abogados a efectos de notificaciones.

**SEGUNDO.-** Examinado el expediente administrativo, este Consejo Consultivo da por acreditados los siguientes hechos de relevancia para la resolución:

La reclamante, de 45 años de edad, fue sometida, a raíz de una neumonía, a un TC torácico en el que se observó una masa en polo superior del riñón izquierdo que impresionaba de quiste complicado de unos 3 cms. con algo de captación interna.

En la consulta del Servicio de Urología del Hospital Universitario 12 de octubre del 26 de febrero de 2013 se anota que, dada la localización de la masa, que afecta de cerca al hilio renal, se cree que precisa nefrectomía parcial abierta “*aunque aviso de posible nefrectomía radical*”.

El 31 de marzo de 2013 la paciente ingresa de forma programada para nefrectomía parcial abierta. Consta en la documentación examinada (folios 119 y 120 del expediente) el documento de consentimiento informado firmado por la reclamante para la intervención, en el que se describe el procedimiento, las posibles complicaciones (hemorragias, fístulas, complicaciones digestivas, tromboembolismos...) y alternativas (nefrectomía radical o tratamientos paliativos como radioterapia y quimioterapia).

Según la hoja de protocolo quirúrgico, la intervención de nefrectomía parcial se lleva a cabo el día 1 de abril de 2013, en posición de lumbotomía, mediante disección renal dejando en lecho glándula suprarrenal. Se realiza drenaje por contraincisión y se cierra por planos y piel con grapas. No constan incidencias durante la intervención.

En las anotaciones de los días posteriores figura que la paciente se encuentra afebril, con constantes estables y que el drenaje no presenta débito.

En la anotación correspondiente a las 13:12 horas del día 4 de abril de 2013 consta que no se ha podido retirar la totalidad del drenaje. Asimismo, se anota que se ordenan analítica y prueba de coagulación urgentes.

Figura en los folios 117 y 118 del expediente el consentimiento informado firmado por la reclamante para la realización de intervención quirúrgica consistente en revisión de herida quirúrgica para extracción de cuerpo extraño. En el documento se describe el procedimiento y sus posibles complicaciones.

El día 4 de abril de 2013 se realiza la extracción del drenaje bajo anestesia general sin incidencias. La evolución es satisfactoria y la paciente es dada de alta el 8 de abril de 2013.

En el informe histopatológico del día 8 de abril de 2013 se recoge el resultado de *“carcinoma renal de células claras de tipo multiquístico grado 2 nuclear de Furhman que no supera la cápsula, no muestra signos de invasión vascular ni alcanza el borde quirúrgico”*.

En las consultas de revisión postquirúrgica del Servicio de Urología del Hospital Universitario 12 de Octubre se constata la buena evolución de la paciente. En la última revisión que consta en la historia clínica, del día 3 de julio de 2013, se anota que la paciente se encuentra clínicamente asintomática.

**TERCERO.-** Recibida la reclamación, por el Servicio Madrileño de Salud se instruye procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante del Hospital Universitario 12 de octubre (folios 20 a 125 del expediente). En la instrucción, se ha recabado informe del Servicio de Urología del Hospital Universitario 12 de Octubre. Con fecha 23 de septiembre de 2012, el citado servicio expone lo siguiente en relación con el incidente relativo a la extracción del drenaje:

*“Al tercer día de la intervención, con una evolución correcta y escasa salida de líquido por el drenaje, se decide la retirada del mismo. Tras retirar el punto cutáneo que fija el drenaje (no había grapas que lo sujetaban), la enfermera intentó extraerlo sin éxito y avisó en ese momento a los facultativos encargados de la paciente.*

*Los facultativos, al comprobar que no se consigue mediante tracción lo intentaron enderezando el drenaje con una guía, procedimiento durante el cual el drenaje sale, pero se constata que queda un fragmento dentro del paciente.*

*Ante esta situación, se decide exploración quirúrgica urgente, la cual se realiza el mismo día, mediante la apertura de una zona de la incisión, extracción del trozo y cierre de dicha zona.*

*De nuevo, la evolución es correcta y se le da de alta al 4 día postoperatorio.*

*Durante todo el ingreso, se mantuvo informada a la paciente de todo lo que le pasaba, respondiendo a sus preguntas y atendiendo a sus familiares tras los pases de visita y tras las dos operaciones que se realizaron”.*

En cuanto a las causas de que el drenaje no saliera en el postoperatorio, el informe apunta a las siguientes:

*“1. El drenaje está comprimido por las estructuras adyacentes (músculo, aponeurosis, grasa, piel...). Para este problema, en nuestra experiencia lo indicado es aumentar la fuerza y tirar más fuerte, ya que de esta manera evitamos al paciente una nueva anestesia e intervención.*

2. *El drenaje tiene un bucle y no sale por la incisión: en estos casos si con tracción no sale el drenaje, se puede intentar enderezar el drenaje. Si se consigue, el mismo sale fácil y evitamos al paciente una intervención.*

3. *El drenaje está cogido con un punto interno: en estos casos, en nuestra experiencia se puede tirar del mismo, ya que se puede llegar a ver el punto que lo fija y seccionarlo en el momento sin necesidad de intervención. Si no se puede, entonces se realiza una extracción con anestesia general o local.*

*Sea la causa que sea, se debe revisar siempre el drenaje al extraerlo, ya que puede estar roto y ocasionar problemas posteriormente”.*

En cuanto a la actuación médica seguida en el caso de la paciente, el mismo informa explica que:

*“En el caso específico de la paciente, se procedió según el protocolo arriba descrito: dado que no se puede saber la causa inicialmente, se procede a tracción del drenaje. El ánimo que guía a los facultativos que le atienden es, en todo momento, el de evitar una nueva exploración quirúrgica (con lo que conlleva de anestesia) salvo que sea necesario. Así se informó a la paciente y se procedió en la mañana del tercer día postoperatorio.*

*Tras la extracción del drenaje en la planta, se revisó y comprobó la ausencia del extremo distal del mismo, por lo que se realizó mediante una anestesia general una revisión de parte de la lumbotomía para la extracción de la parte que se había quedado. De nuevo, la paciente y sus familiares son informados, antes y después*

*de la cirugía, tanto por los encargados de la planta como los de guardia, que son los que realizaron la intervención.*

*La retención de material quirúrgico tras la cirugía es un hecho casi excepcional del que casi no hay estadísticas, salvo casos aislados. Se habla de un caso cada 9.000 a 19.000 intervenciones, pero es muy complicado saber la incidencia real. Lo que sí remarcan todos los autores es la prevención de este hecho, de tal manera que se pueda detectar con rapidez que parte del material se ha quedado en el paciente y se proceda a su extracción para evitar complicaciones.*

*En el caso de esta paciente, ante la persistencia del drenaje, se procedió de manera ordenada, siempre respetando el protocolo arriba descrito, informando a la paciente y a su familia en todo momento según se tomaron las decisiones. Todas las actuaciones se llevaron a cabo con el ánimo de evitar el mayor daño posible al paciente y prestar la debida asistencia médica a cada situación que la paciente presentó”.*

Por su parte, la Inspección Sanitaria emitió informe el 16 de enero de 2014, en el que, tras la exposición de los antecedentes de hecho del caso, analizar la historia clínica y consultar las referencias bibliográficas facilitadas por el Servicio de Urología, expone que:

*“Durante el seguimiento del proceso neumónico que sufrió Dña. T.M.A. en diciembre de 2012, se produjo el hallazgo casual de una masa en riñón izdo. que se extirpó el 1-4-13 mediante nefrectomía parcial, colocándose un drenaje por contraincisión.*

*Al tercer día, al intentar su retirada, primero por la enfermera y después por los facultativos enderezándolo con una guía, se constata que queda un fragmento sin extraer, ante lo cual, ese*

*mismo día, 4- 4-13, mediante la apertura de la zona de incisión, se procede a su extracción.*

*En las referencias bibliográficas facilitadas y consultadas se describe esta complicación pero siempre como muy rara. Además, en este caso, se diagnosticó y trató de forma inmediata y la paciente fue informada ya que consta el consentimiento informado, que firmó para extracción de cuerpo extraño.*

*Por tanto, puede considerarse como una rara complicación accidental descrita en la Bibliografía aportada”.*

En virtud de Acuerdo de la instructora, de 11 de marzo de 2014, se concedió audiencia a la reclamante que, en dicho trámite, presentó, con fecha 27 de marzo, escrito de alegaciones en el que ratificaba íntegramente lo expuesto en sus anteriores escritos, y manifestaba que aunque figure en la bibliografía lo acontecido en la intervención nunca se informó a ella o a su familia de lo que podía suceder y de la necesidad de una segunda intervención quirúrgica. Añade que en la historia clínica no existe ninguna anotación sobre la información de lo sucedido.

Con fecha 16 de abril de 2014, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación por haberse cumplido con el protocolo de actuación con prontitud y diligencia, desde el momento en que se detectó la retención de material quirúrgico y no haberse constatado daños derivados de esa incidencia.

**CUARTO.-** El consejero de Sanidad, mediante oficio de 29 de abril de 2014, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el día 12 de mayo siguiente, formula consulta a este Consejo Consultivo y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VIII,

presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 18 de junio de 2014, por ocho votos a favor y dos votos en contra, con el voto particular discrepante que se recoge a continuación del dictamen.

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.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada, y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 14.1 de la misma ley.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 de la ley.

**SEGUNDA.-** La reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en ella la condición de interesada, exigida por los artículos 31 y 139.1 de la LRJ-PAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente

causado por personal médico del Hospital Universitario 12 de Octubre, integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El 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 142.5 de la LRJ-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondumnatae, non prescribitur*»).

En el presente caso, la interesada ejercita su derecho a reclamar el día 26 de julio de 2013 en relación con el incidente de rotura de un drenaje, ocurrido el día 4 de abril de 2013, por el que precisó una intervención de revisión de la herida quirúrgica que se llevó a cabo ese mismo día. Resulta indudable que T.M.A. ejercitó su derecho a reclamar en el plazo legal de un año.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios previstos en el título X de la LRJ-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

Como ya se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, informe que es preceptivo a tenor del artículo 10.1 del RPRP. Igualmente se ha recabado y evacuado el informe de la Inspección Sanitaria. Asimismo, se ha dado trámite de audiencia a la reclamante, de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

Así pues, la instrucción del expediente ha sido completa, sin omisión de ningún trámite que tenga carácter esencial o imprescindible para resolver.

**TERCERA.-** El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no concurra circunstancia de fuerza mayor que sirva para exonerar a la Administración. La previsión constitucional se halla desarrollada en el Título X de la Ley 30/ 1992 (LRJ-PAC), artículos 139 y siguientes.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha concretado en reiterada jurisprudencia los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, en sentencia de 23 de enero de 2012 (RC 43/2010) enuncia los siguientes: generación de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que el daño o lesión patrimonial 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 influir, alterándolo, en el nexo causal; ausencia de fuerza mayor, y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño alegado.

De conformidad, asimismo, con una sólida doctrina jurisprudencial, se considera que cuando las reclamaciones indemnizatorias traigan causa de una actuación médica o sanitaria se hace necesario acudir al criterio de la *lex artis* como pauta determinante de la existencia de responsabilidad patrimonial, 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: *“cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando*

*que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto” (STS de 2 de noviembre de 2011, RC 6236/2007).*

**CUARTA.-** Como se ha visto en los antecedentes de hecho, la interesada misma sitúa el origen de los daños por los que reclama en las maniobras de retirada de un drenaje, el día 4 de abril de 2013, que acabaron determinando a nueva intervención quirúrgica, bajo anestesia general, para la retirada de un fragmento del dispositivo de drenaje que, al romperse, quedó en el interior del cuerpo de la reclamante. La interesada denuncia también falta de información respecto a la posibilidad de esa complicación y de una segunda intervención.

La primera cuestión que se debe examinar en orden a determinar la procedencia de la indemnización solicitada es la existencia real y efectiva del daño aducido. No resulta controvertido el daño relativo a la nueva intervención quirúrgica bajo anestesia general a la que se tuvo que someter la paciente para la retirada del material fragmentado, a lo que cabe unir la normal angustia o zozobra inherente a una segunda operación inicialmente no prevista. En cambio, de la documentación aportada al expediente y, en particular, de la historia clínica de la reclamante, no resulta acreditada ninguna secuela o complicación en la salud de la paciente en el momento actual que pudiera ser imputable a la actuación de la Administración Sanitaria.

La relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño es innegable, pues, al intentar extraer el drenaje, un fragmento de él quedó dentro de la paciente, lo que obligó a realizar una inmediata extracción quirúrgica.

La propuesta de resolución plantea la desestimación de la reclamación al entender que se adoptó el protocolo de actuación con prontitud y diligencia, inmediatamente después de detectarse la rotura del material. A este argumento se añade la circunstancia de que la reclamante no presente daños derivados de esa complicación.

No podemos compartir plenamente esas apreciaciones, pues, como se acaba de expresar, someterse a una nueva intervención quirúrgica imprevista constituye un daño efectivo, que, en sí mismo, sería susceptible de ser indemnizado.

**QUINTA.-** Para valorar la existencia en el caso de responsabilidad administrativa patrimonial ha de examinarse ahora la antijuridicidad de ese concreto daño, cuestión clave de la que depende la procedencia de una indemnización.

Mas, por su íntima relación con tal cuestión en el presente caso, resulta oportuno examinar previamente el reproche de falta de información que la reclamante formula, no respecto de la nefrectomía, sino de la complicación relativa a la retirada del drenaje. De la información que obra en el expediente resulta que la retención de material quirúrgico es una complicación “*casi excepcional*”, que aproximadamente se valora con de un caso entre 9.000 a 19.000 intervenciones, en palabras del servicio implicado en el proceso asistencial de la reclamante. También la Inspección Sanitaria la califica como “*muy rara*”. En estas circunstancias no parece razonable que esa improbableísima complicación se incluyera en ningún documento de consentimiento informado, pues como razona la

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de octubre de 2012, la información adecuada a las necesidades del paciente en orden a la adopción de una libre decisión no comprende “*una información ilimitada o infinita, incluso sobre aquello que no es conocido o carece de consenso por la ciencia*” y añade que el deber de información no “*ampara la exigencia de la información excesiva o desproporcionada con las finalidades curativas o preventivas de la ciencia médica, como es la relativa a los riesgos no normales, no previsibles de acuerdo con la literatura médica o que se basan en características específicas del individuo, que previamente podían no haberse manifestado como relevantes o susceptibles de una valoración médica*”.

Queda así perfectamente centrado que nos hallamos ante una complicación sumamente infrecuente al término de un tratamiento quirúrgico. Al no existir dato alguno que sustente la afirmación de la reclamante sobre infracción de la *lex artis* en las maniobras de extracción del drenaje, extracción cuya adecuación no se cuestiona, la existencia de responsabilidad administrativa patrimonial y de la consiguiente procedencia de la pretensión vendría exclusivamente generada por el hecho de haberse roto el dispositivo de drenaje.

Se trata, a juicio de este Consejo, de un hecho muy distinto del de otros casos de abandono de material sanitario en el interior de pacientes o de rotura de materiales de cuestionable calidad, que se han sometido a nuestro dictamen o que cabe conocer mediante un detenido examen de la jurisprudencia. La complicación producida, que se abordó de modo inmediato y con acierto y éxito, sin que afortunadamente produjese secuelas, era imposible de prever y de evitar y, como ya se ha razonado, no era procedente informar de ella a la reclamante.

Ciertamente, ni el Servicio médico implicado ni la Inspección sanitaria explican en sus informes la rotura del dispositivo de drenaje, pero en el caso del presente dictamen no se produjo, tras una actuación médica o quirúrgica, una situación llamativamente extraña, ante la que, por el criterio de facilidad probatoria, fuese la Administración quien hubiese de asumir la carga de explicar esa situación. En el caso que nos ocupa, no resulta razonable considerar gravada a la Administración con la carga de explicar algo que se puede incluir en el ámbito de lo obvio, a saber: la remota posibilidad de que se rompa un material sanitario como la tan repetida pieza de drenaje, material que ordinariamente no se rompe, pero que, conforme a una experiencia universal, no puede calificarse de absolutamente irrompible, pues tal calificación no conviene, en rigor, a prácticamente ningún producto manufacturado. Si el silencio de los informes del servicio médico y de la Inspección Sanitaria se valora conforme a las reglas de la sana crítica, parece claro que no proporcionan una explicación de la rotura de la pieza de drenaje porque tal explicación, por obvia, no es necesaria.

No estamos ante un “funcionamiento anormal” de la Administración sanitaria, es decir, un funcionamiento que infrinja alguna “lex artis” y el daño en modo alguno puede considerarse antijurídico, pues a lo sucedido (sentada la buena praxis médica ante la rotura) le es de perfecta aplicación, sin disquisiciones doctrinales sobre conceptos largamente discutidos, lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 141 de la LRJAP-PAC: *“no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”*. A nuestro entender, el hecho de la rotura no se pudo prever y resulta inevitable que, en alguna ocasión de entre miles de ellas, ese hecho se produzca.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por carecer el daño de carácter antijurídico y no existir una indebida ausencia de información a la reclamante.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN LA CONSEJERA, DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO, Y AL QUE SE ADHIERE EL CONSEJERO, D. JESÚS GALERA SANZ.**

«Discrepando cordial y respetuosamente del parecer de la mayoría en el Dictamen 285/14 que emite este Consejo con fecha 18 de junio de 2014, por el que se acuerda desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por T.M.A., en solicitud de ser indemnizada por los daños sufridos por la asistencia prestada en el Hospital Universitario

12 de Octubre, formulo al amparo del artículo 15. 3 de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, **Voto Particular**, expresando mi parecer contrario a la conclusión desestimatoria por las razones que paso a exponer.

Entiende la reclamante que la defectuosa colocación del drenaje por parte del personal sanitario que la atendió, motivó la rotura del mismo al proceder a su extracción, quedando alojado dentro de su cuerpo. Para liberar la pieza se vio obligada a sufrir una nueva intervención, bajo anestesia general, constituyendo a su juicio un daño indemnizable. Asimismo estima que se ha producido una lesión al derecho a la información por no haber sido previamente avisada de que corría dicho riesgo. Comparto, por las mismas razones expuestas en el dictamen el rechazo a este último daño, quedando restringido el motivo de disidencia a la conclusión que se opone a indemnizar el daño producido al tener que someterse a una nueva operación para extraer los restos del drenaje.

El dictamen objeto del presente voto, admite la existencia de dicho daño, así como del nexo con la prestación sanitaria pública, pero rechaza la responsabilidad instada, por estimar que falta la antijuricidad al resultar de aplicación la denominada cláusula de progreso, recogida en el artículo 141. 1 de la LRJ-PAC, en virtud de la cual, el estado de la ciencia exonera a la Administración de la responsabilidad al hacer inevitable el daño.

Disiento respetuosamente de dicha línea argumental, y soy más partidaria del razonamiento jurídico que se expone en el presente voto y que concluye con la estimación de la reclamación instada, por resultar a mi juicio más coherente con el carácter objetivo, que se predica en el artículo 106 de la Constitución Española de la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Tal y como se deduce de los informes médicos de los servicios implicados en el proceso asistencial, evacuados en la instrucción del presente procedimiento, la retención de material quirúrgico es una complicación “*casi excepcional*”, que tan solo se ocasiona una vez, entre 9.000 y 19.000 intervenciones. Se trata por tanto de una situación extraordinaria, que produce lo que se denomina daño desproporcionado. La jurisprudencia determina que la existencia de un resultado desproporcionado no produce por sí solo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida. Así, se pronuncia el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de diciembre de 2012, Recurso 5890/2011.

*“La Administración sanitaria debe responder de un “daño o resultado desproporcionado”, ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción (sentencias de 19 de septiembre de 2012, recurso de casación 8/2010, 17 de septiembre de 2012, recurso de casación 6.693/2010, 29 de junio de 2011, recurso de casación 2.950/2007 , y 30 de septiembre de 2011, recurso de casación 3.536/2007) ”.*

La prueba que le corresponde al causante del daño ha de ir encaminada a acreditar que empleó todos los medios a su alcance para que éste no se produjera sin que quede duda alguna al respecto. Dicha actividad probatoria no se ha realizado en el presente caso, pues el servicio causante del daño se limita a recoger una información teórica y genérica de las distintas causas de rotura de drenajes y sus posibles soluciones, sin análisis concreto del caso, ni tan siquiera para rebatir la argumentación de la reclamante de que fue la impericia al momento de colocar el drenaje la que provocó los problemas ulteriores para ser extraído. La única mención al caso se ciñe a declarar el desconocimiento de la causa que originó éste.

La consecuencia inmediata es que no se consigue alzar la presunción de funcionamiento anormal que se anuda a un daño ocasionado con tanta excepcionalidad, motivo por el cual la Administración ha de hacer frente a la responsabilidad reclamada.

Reconoce el dictamen que ni el Servicio causante del daño ni la Inspección aportan una explicación de la rotura del dispositivo de drenaje, pero a la referida ausencia de información no anuda ninguna consecuencia desfavorable, pues aduce que no resulta exigible una explicación de lo obvio ya que el daño aconteció por la rotura de un drenaje que por razones evidentes, como todos los productos manufacturados, se pueden romper. No puedo compartir tal razonamiento, en primer lugar porque para atribuir la causa del daño a la condición rompible del drenaje, primeramente el servicio médico responsable tendría que haber acreditado que ha empleado todos los medios a su alcance para evitar la fractura, es decir que no ha habido mala praxis, explicación que como se ha visto ha sido omitida. Pero incluso salvando este obstáculo, a mi juicio tampoco la notoria cualidad rompible del drenaje, lleva a exonerar a la Administración tal y como se pretende, pues lo acontecido, en tanto remotamente previsible, inevitable y vinculado al funcionamiento del

servicio, constituye un caso fortuito que ha de ser asumido por la Administración, tal y como en este sentido nos pronunciamos en nuestro Dictamen 713/11, ante un caso muy similar en que se concluyó que la rotura de una lentina, origen del daño objeto de reclamación, constituía un caso fortuito no excluido del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. El referido Dictamen analiza la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor a la luz de la jurisprudencia, considerando que el rasgo de interioridad del evento dañoso caracteriza el caso fortuito, frente a la exterioridad que se produce en la fuerza mayor.

Abunda el dictamen, en su argumentación para exonerar de responsabilidad a la Administración, en la falta de antijuricidad del daño, estimando que aun sentada la buena praxis ante la rotura, al caso le es de perfecta aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 141 de la LRJ-PAC, es decir la denominada cláusula de progreso en virtud de la cual la Administración queda exonerada si los daños son inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción.

Tampoco puedo compartir dicha argumentación. El apartado citado de la LRJ-PAC fue introducido por la Ley 4/1999 como un supuesto de fuerza mayor que exonera de responsabilidad, según se desprende de la propia Exposición de Motivos de la citada Ley. Mas para que el efecto exonerador derivado de dicha cláusula opere, es necesario que se aporte cumplida acreditación del deficiente estado de la ciencia que se invoca como causa que hace inevitable el daño. Omitida dicha prueba en el presente caso, pues ni siquiera se informa del tipo de material del drenaje, se ha de concluir que ningún efecto ha de anudarse a la sola invocación de la citada cláusula. Cabe en este sentido referir la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999, recurso 2132/95:

*“Pues bien, lo primero que hay que decir es que no basta con que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba que en el caso -y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba- tendría que hacer la Administración, la cual no la ha intentado siquiera según queda dicho. Porque, como nuestra Sala tiene dicho en sentencia de 15 de diciembre de 1997 (Ar. 9357), "el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia”.*

En el mismo sentido pueden citarse dos pronunciamientos en casos análogos al objeto de dictamen del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 3 de noviembre de 2006, recurso 147/2006 y 1 de diciembre de 2008, recurso 197/2008, en los que se concluía con la existencia de responsabilidad patrimonial y se rechazaba la exoneración de la Administración frente a lo que se consideraba imprevisible e inevitable. En la última sentencia se dice: *“No cabe calificar por sí solo y sin articular prueba alguna de "imprevisible e inevitable" la rotura de una pinza, máxime cuando el estado de la ciencia permite controlar la resistencia a los esfuerzos de los materiales y prever su vida útil y sin riesgos”.*

Por lo expuesto, en contra de lo acordado por la mayoría, entiendo que se debería haber concluido aconsejando a la Administración consultante, indemnizar el daño derivado de padecer una nueva intervención quirúrgica y sufrir un plus de días de hospitalización. Este tipo de consejo, a mi juicio, se ciñe más exactamente al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, instaurado por nuestro ordenamiento jurídico».

Madrid, 24 de junio de 2014

