

Dictamen nº: **212/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **25.05.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 25 de mayo de 2017, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3.f) a de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido en nombre de Doña, sobre indemnización de los daños y perjuicios derivados del olvido de una gasa en el intestino de la paciente en una operación de histerectomía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En nota interna de 9 de abril de 2015, del director gerente del Hospital Universitario Infanta Cristina (HUIC) con destino al Departamento de Reclamaciones Patrimoniales de la Consejería de Sanidad, se hacía referencia a que la paciente identificada en el encabezamiento del dictamen había sido intervenida el 2 de marzo de una histerectomía abdominal, anexectomía, linfadenectomía pélvica y paraaórtica por diagnóstico de carcinoma de endometrio, intervención que según se decía era compleja y en la que se había producido la aparición de una complicación intraoperatoria severa.

Se explicaba que, con fecha 7 de abril, se había derivado a la paciente al Hospital Universitario de Getafe (HUG) para la realización de

un PET-TAC, prueba en la que se detectó la presencia de un cuerpo extraño -compatible con una gasa sanitaria- en la zona intervenida. Al día siguiente se le informó a la paciente del hallazgo y se programó un ingreso hospitalario en esa misma tarde para proceder a una antibioterapia previa a la intervención quirúrgica en la que se retiraría el cuerpo extraño, extracción que se realizaría el día 9.

Concluía informando que se habían hecho llegar a la paciente las disculpas del centro y que se le había informado del inicio de una investigación interna y de su derecho a reclamar “*por el incidente de seguridad*”; también solicitaba que a la mayor brevedad posible se procediera al traslado de los hechos a la aseguradora.

Por su parte, el marido de la paciente presentó el 16 de abril de 2015 un formulario de reclamación en el registro de Atención al Paciente del Hospital Universitario Infanta Cristina (HUIC), en el que aludía a la intervención quirúrgica a que había sido sometida su esposa y a la gasa quirúrgica detectada mediante el PET-TAC, que le había ocasionado una infección que hizo necesario realizar una segunda intervención, practicada el 8 de abril, en la que, a su vez, se le produjo una perforación del intestino. A resultas de esta complicación, hubo de procederse a una nueva operación en la cual le tuvieron que cortar 40 centímetros de intestino delgado. Señalaba que actualmente seguía ingresada y “*confiaban en que estuviera mejorando*”.

Con posterioridad, el 23 de abril, la paciente –todavía ingresada en el hospital- presentó personalmente un formulario de reclamación en el que hacía constar que estaba de acuerdo con el escrito presentado por su marido, que había reclamado en su nombre al no poder hacerlo ella por circunstancias médicas.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

La paciente, cuando contaba con 36 años de edad y antecedentes médicos más relevantes consistentes en tres cirugías por tumor cerebral, epilepsia focal residual controlada por vía medicinal y catéter de derivación ventrículo-peritoneal, fue atendida el 19 de septiembre de 2014 por el Servicio de Ginecología del HIC remitida por Atención Primaria para la valoración de menstruaciones irregulares.

En aquella consulta se le realizó una exploración ginecológica y el 1 de octubre una ecografía transvaginal que permitió comprobar la existencia de una alteración endometrial no delimitada claramente sugestiva de un posible pólipo endometrial. Ya el 16 de octubre, una histeroscopia diagnóstica mostró un engrosamiento focal del endometrio en la cara anterior de 2 cm., desflecado, tomándose muestras para biopsia.

Las pruebas fueron valoradas en consulta de 28 de octubre de 2014, diagnosticándose mucosa endometrial con cambios morfológicos compatibles con pólipo endometrial, sin malignidad histológica.

El 12 de enero de 2015 se le realizó una polipectomía por histeroscopia, siendo dada de alta el mismo día. El estudio anatomopatológico determinó el diagnóstico definitivo de adenocarcinoma de endometrio de patrón pobremente diferenciado, sugestivo de adenocarcinoma de tipo endometriode.

Solicitado estudio de extensión, el 28 de enero se realizó un TAC toracoabdominopélvico con contraste intravenoso, que mostró como datos patológicos una discreta cantidad de líquido libre en la pelvis y un ensanchamiento de la cavidad endometrial.

El 13 de febrero la paciente fue sometida a una resonancia magnética de endometrio sin y con contraste intravenoso, de la que resultaron hallazgos compatibles con anatomía patológica de carcinoma

de endometrio y adenopatías de pequeño tamaño en las cadenas ilíacas inespecíficas.

A la vista de los resultados, en la consulta de 16 de febrero se propuso el abordaje quirúrgico (firmándose el documento de consentimiento informado), que tuvo lugar el 2 de marzo y consistió en una histerectomía abdominal con doble anexectomía y linfadenectomía pélvica y paraaórtica, objetivándose adenopatías de tamaño patológico en zona lumbo-aórtica, que le fueron extirpadas. En el curso de la operación se produjo una lesión en la cara anterior de la vena cava, procediéndose a su clampaje y sutura y a la transfusión de dos concentrados de hematíes. El personal de Enfermería, tras el recuento de las compresas, indicó la corrección del resultado en el formulario de verificación quirúrgica.

Tras cursar un postoperatorio con febrículas, la paciente fue dada de alta el 8 de marzo con la indicación de ingesta de amoxicilina y enoxaparina, revisión de la herida quirúrgica en su Centro de Salud al cabo de 10 días y revisión en Ginecología Oncológica y en Oncología Médica.

En consulta de Ginecología Oncológica de 23 de marzo se le entregó el resultado de Anatomía Patológica, según el cual padecía un adenocarcinoma endometriode moderadamente diferenciado de grado II en el útero con infiltración miometrial y sin afectación del cérvix. Tenía metástasis en 1 de los 7 ganglios aislados en la región pélvica izquierda, en 1 de 15 en la derecha y en 2 de 10 en la región paraaórtica. Se le indicó la práctica de un PET-TAC con el objeto de comprobar si existían otras lesiones malignas.

La prueba tomográfica tuvo lugar el 7 de abril en el Servicio de Medicina Nuclear del HUG, mostrando imágenes compatibles con gasa quirúrgica en las fosas ilíacas y absceso. Se procedió a informar al HUIC del hallazgo.

El Servicio de Ginecología del HUIC contactó el 8 de abril con la paciente, quedando ingresada con vistas a la realización de una laparoscopia y laparotomía exploradora, que se realizó al día siguiente procediendo a la retirada de cuerpo extraño en el espacio parietocólico izquierdo y a lavado mediante aspiración de material seropurulento encapsulado en la zona. El intestino delgado se mostraba inflamado por reacción a cuerpo extraño, pero no se apreciaron perforaciones intestinales. Se dejaron drenajes en los espacios parietocólico y subcutáneo.

En el postoperatorio, la paciente presentó dolor abdominal difuso, objetivándose el 10 de abril salida de líquido de aspecto bilioso por el drenaje. Tras practicarse un TAC urgente, se determinó la existencia de una burbuja intraabdominal extraluminal en relación con la cirugía practicada, diagnosticada como colección en hemiabdomen izquierdo en íntimo contacto con asas yeyunales que muestran hipercaptación mucosa con tubo de drenaje que muestra cambios inflamatorios peritubo y líquido acumulado en la grasa del tejido celular subcutáneo. Ante la sospecha de fistula intestinal, se le intervino de nuevo con carácter urgente, comprobándose la existencia de una perforación intestinal de 2 a 3 cm. de diámetro en el borde antimesentérico, a unos 70 cm. del ángulo de Treitz, sin peritonitis diseminada. Se procedió a la resección de un segmento de 40 cm. del intestino delgado inflamado, incluyendo la perforación y la anastomosis yeyuno-yeyunal latero-lateral. También se realizó el desbridamiento del tejido celular subcutáneo del flanco izquierdo y la colocación de drenajes.

Tras un postoperatorio cursado con fiebre y un episodio de diplopía binocular, la paciente fue dada de alta el 28 de abril de 2015.

TERCERO.- 1. Por oficio de la jefa del Servicio de Responsabilidad Patrimonial de 21 de abril de 2015 se informó a la paciente de la admisión a trámite de la solicitud presentada en su nombre por su

marido, así como del plazo para la resolución del procedimiento y del sentido de un posible silencio administrativo. Asimismo, se le requería la concreción de la cuantía económica pretendida o de los criterios para su cuantificación.

No fue hasta el 23 de septiembre, mediante correo electrónico recogido al folio 200 del expediente administrativo, cuando el marido de la reclamante expuso *“los criterios en los que queremos sea fijada la compensación económica por los hechos ocurridos”*: molestias y riesgo de sepsis hasta la detección de la gasa; dolores traumáticos e impotencia al no hacerle caso pese a sus quejas y gritos de dolor; perforación del intestino; cambios en el tránsito intestinal, dolores y diarreas debidos al acortamiento del intestino; infección en la piel en la última de las intervenciones; necesidad de posponer el inicio del tratamiento de quimioterapia un mes y medio, y gastos de manutención y molestias varias por la permanencia en el hospital.

2. En el curso del procedimiento, se han recabado antecedentes del Servicio de Ginecología y Obstetricia del HUIC, que, por medio de su jefe, ha emitido informe de 6 de mayo sobre los hechos objeto de la reclamación. En dicho documento se recogen los hitos de la asistencia sanitaria prestada a la paciente y, tras su exposición, se fijan las siguientes conclusiones:

“Se desconoce la causa por la que consta en el formulario de verificación quirúrgica de enfermería de fecha 2/03/2015 que el contaje de las gasas quirúrgicas fue correcto. Si bien, la complicación intraoperatoria que sufre la paciente, como es la rotura de vena cava, hemorragia y transfusión sanguínea, favoreció la aparición de este evento adverso, sin que en caso alguno lo justifique.

El equipo sanitario responsable de la paciente, le informó desde que tuvo conocimiento del evento adverso, de la situación y de las

posibles causas de la misma. A su vez, le ha hecho llegar sus más sinceras disculpas a nivel profesional e institucional.

Se ha requerido a la Unidad Funcional de Gestión de Riesgos de este centro, para que estudie y proponga las medidas de seguridad del paciente necesarias para que no se vuelva a suceder un evento adverso similar”.

Por su parte, la directora de Enfermería del HUIC, en informe de 16 de junio de 2015, explicó el protocolo que se sigue para contar el material sanitario desechable tras cada intervención, así como la forma en que se aplicó en el caso concreto. También dio cuenta de las actuaciones seguidas desde la Dirección de Enfermería para esclarecer lo ocurrido y de que, a pesar de ello, no se había podido establecer la causa cierta del incidente *“sin poder dejar de negar la existencia de una consecuencia relevante y siempre evitable”*. Tras exponer una serie de medidas instauradas para evitar el acaecimiento en lo futuro de episodios similares, concluía su escrito *“trasladando al paciente sus más sinceras disculpas por el incidente de seguridad que ha sufrido”*.

También se ha pedido informe a la Inspección Sanitaria que, con fecha 25 de junio de 2015, después de resumir las actuaciones practicadas y establecer las consideraciones médicas que tuvo por oportunas, fijó las siguientes conclusiones:

“A la vista de lo actuado hay evidencia de que la atención prestada ha sido inadecuada por haber olvidado una gasa quirúrgica en la cavidad abdominal de la paciente en el transcurso de una intervención. No hay evidencia de asistencia inadecuada por la existencia de una perforación intestinal”.

Igualmente, se ha solicitado un dictamen pericial de valoración del daño corporal producido a la reclamante, que ha sido emitido el 11 de

diciembre de 2015 por una especialista en valoraciones y en Cirugía General y Aparato Digestivo. En el mismo se reflejan como conceptos indemnizables: incapacidad temporal en 21 días de hospitalización y 60 días impeditivos (5.013,24 €); lesiones permanentes evaluadas conforme a un criterio de valoración prudencial, consistentes en yeyuno-ilectomía parcial o total de 30 centímetros (5 puntos, 4.324,90 €); perjuicio estético ligero por la cicatriz de la laparatomía (3 puntos, 2.495,55 €), y aplicación de un factor de corrección del 10% atendiendo a la edad laboral de la interesada (933 €). La suma total de la indemnización objeto de la pericia ascendía así a un importe de 10.271,95 €. No se incluían en la valoración los gastos que, según se expresaba, se indemnizarían (en su caso) “*según justificante*”.

El siguiente acto de instrucción reflejado en el expediente administrativo es una comunicación del Centro Tramitador de Siniestros de la aseguradora, en la que se da cuenta de que “*la negociación iniciada ha resultado fallida, no siendo aceptada nuestra propuesta indemnizatoria por el contrario*”.

Concluida la instrucción, por oficio de la instructora de 22 de noviembre de 2016 se otorgó el trámite de audiencia a la reclamante, constando al folio 212 su notificación personal a aquél por correo certificado. En el expediente administrativo remitido a esta Comisión Jurídica Asesora no figura la presentación del correspondiente escrito por parte del mismo.

Formalizado el trámite de audiencia, el viceconsejero de Sanidad emitió propuesta de resolución de 9 de marzo de 2017 en el sentido de estimar la reclamación patrimonial al considerar, por un lado, que el olvido de la gasa era constitutivo de una inadecuada prestación asistencial que había ocasionado a la paciente la necesidad de ser reintervenida para su retirada, y, por otro, que en la perforación intestinal, aunque correctamente practicada la operación en la que se

produjo, cabía reconocer relación de causalidad con el olvido de la gasa por cuanto dicha complicación no habría advenido de no haber precedido el lamentable descuido. En cuanto al importe de la indemnización a conceder, se ajustaba al informe pericial de valoración del daño emitido en el procedimiento, si bien se actualizaba su importe al momento de la propuesta, fijándola en la cantidad de 10.374,67 €.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 21 de abril de 2017, formula nueva consulta cuyo estudio corresponde por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Pleno de 25 de mayo de 2017.

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 de cuantía 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 (LRJAP), 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 paciente ostenta legitimación activa para sostener la acción de responsabilidad patrimonial, al haber sido la persona directamente afectada por la asistencia sanitaria cuya deficiencia es objeto de denuncia.

La reclamación fue presentada en su nombre por su marido. Con respecto a esta cuestión, tal como hemos indicado, entre otras ocasiones, en el Dictamen 219/16, de 16 de junio, si bien es cierto que, en el ámbito privado, el artículo 1710 del Código Civil establece que el mandato puede ser expreso o tácito, y que el expreso puede otorgarse en documento público o privado, y aún de palabra, en el ámbito del procedimiento administrativo, el artículo 32 de la LRJAP es muy explícito al exigir la acreditación de la representación. Se infiere así que los documentos privados no cumplen el requisito de “*fehaciencia*” impuesto por la normativa de procedimiento administrativo, tal como, verbigracia, se indicó en la Sentencia 312/2004, de 1 abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (RA 109\2003), con dos argumentos dignos de consideración: la falta de producción en general de efectos de los documentos privados frente a terceros, entre los cuales se encuentra la

Administración, y la consideración de que el artículo 32 de la LRJ-PAC se halla establecido en garantía de los ciudadanos, precisamente para evitar que aquéllos puedan ser sorprendidos por el ejercicio ajeno de sus propias acciones. No obstante, en el caso analizado la interesada ha presentado espontáneamente un escrito en el que asume el presentado por su esposo, por lo que, conforme al artículo 32.4 de la citada ley, el defecto en la acreditación de la representación se puede considerar subsanado.

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

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 de las unidades relacionadas con la reclamación, que son el Servicio de Ginecología y Obstetricia y la Dirección de Enfermería del HUIC. Asimismo, se ha incorporado al expediente administrativo un informe de la Inspección Sanitaria sobre los hechos que motivan la reclamación, y se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia, previsto como instrumento del derecho de defensa en los artículos 84 de la LRJAP y 11 del RPRP. No se observan en consecuencia defectos de carácter esencial, o que pudieran general indefensión, a lo largo del procedimiento.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJAP, el derecho a reclamar frente a la Administración Pública prescribe al año de producirse el hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo y, en particular, cuando se trate de daños de carácter físico o psíquico –como es el caso- el plazo no empezará a computarse sino desde la curación o bien cuando quede determinado el alcance de las secuelas.

En el caso examinado la formulación de la reclamación el 16 de abril de 2015, cuando la paciente se hallaba todavía convaleciente de la intervención quirúrgica practicada para retirarle la gasa, permite considerarla formulada dentro del plazo legal con indiferencia de la fecha de concreción de las secuelas, que es evidentemente posterior a su presentación.

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 30/92, de 26 de noviembre, en su Título X, artículos 139 y siguientes, que ha de considerarse la norma de referencia en la cuestión objeto de dictamen, actualmente sustituida por las reglas de 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 LRJAP 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 sufrido por el 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 el 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 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 el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (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 mas 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”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos 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).

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”.

El perjuicio alegado por la reclamante reside en las molestias y complicaciones derivadas del olvido de una gasa quirúrgica en su intestino en la intervención quirúrgica realizada el 2 de marzo de 2015, que determinó la necesidad de realizar una nueva intervención destinada a su extracción el 9 de abril de aquel mismo año, y, ante las complicaciones surgidas a raíz de esta segunda intervención, a una tercera en la que se le resecó un tramo de 40 cm. de intestino inflamado.

En el caso sujeto a dictamen, los diversos informes aportados al procedimiento aceptan expresamente la concurrencia del resto de presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial.

Así, en primer lugar, no hay discusión en cuanto a la antijuridicidad del daño, y se acepta que el olvido de la gasa implicó una desatención de las exigencias de las buenas prácticas sanitarias. Dicho reconocimiento fue pronto, y, a los dos días del hallazgo de la gasa quirúrgica, el director gerente del HUIC remitió *motu proprio* una nota interna al Departamento de Reclamaciones Patrimoniales de la Consejería de Sanidad con vistas al resarcimiento de la paciente. Además, en la misma se recoge que se había informado a la perjudicada de su derecho a solicitar una reparación.

Posteriormente, y ya en el curso del procedimiento, los informes médicos recabados *ad hoc* ilustran sobre la existencia de un descuido en la asistencia sanitaria, al haberse procedido a un incorrecto recuento de las gasas al concluir la intervención quirúrgica de 2 de marzo de 2015, y con motivo del mismo haberse dejado una gasa en el interior de su abdomen. En dicho sentido se manifiestan tanto el informe del jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia como el de la directora de Enfermería del HUIC.

En el primero de estos informes se destaca la complejidad de la intervención quirúrgica realizada el 2 de marzo de 2015 en la que se produjo el olvido de la gasa (histerectomía abdominal con doble anexectomía y linfadenectomía pélvica y paraaórtica), agravada por la irrupción de una complicación en su curso, al producirse una lesión en la cara anterior de la vena cava, que requirió su clampaje y sutura y a la trasfusión de dos concentrados de hematíes. Cabe resaltar que por parte del Servicio implicado no se haya utilizado la dificultad concomitante a la intervención, ni el hecho de que la abundante sangre hubiera podido haber disimulado el olvido de la gasa posiblemente

impregnada de su color, para descargar la responsabilidad de la Administración derivada del desafortunado olvido.

Igualmente es conveniente dar cuenta, esta vez al hilo del informe de Enfermería, que este Servicio, lejos de quedarse de brazos cruzados ante el fallo producido, ha llevado a cabo actuaciones en orden a la investigación de los hechos, y ha incluido medidas adicionales de control en su protocolo al objeto de que no vuelvan a producirse episodios similares.

En términos similares se ha manifestado la Inspección Sanitaria, con respecto a la cual venimos destacando reiteradamente la relevancia que desde el punto de vista probatorio debe darse a sus informes habida cuenta de su especialización y de la objetividad e imparcialidad presumible en el ejercicio de sus atribuciones (por todos, el Dict. 376/16, de 118, en línea con la S. del TSJ de Madrid de 11/5/2016, R. 998/2013).

La aceptación institucional de la existencia de una obligación resarcitoria está corroborada mediante la propuesta de resolución, que propone estimar la reclamación conforme a la valoración del daño solicitada en el curso del procedimiento a una experta en la materia.

Alterando el orden lógico que utilizamos habitualmente en nuestros dictámenes, tras haber reconocido la concurrencia del requisito de la antijuridicidad, cabe hacer lo mismo con respecto a la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el perjuicio producido.

Sobre este punto, esta Comisión Jurídica Asesora coincide con el criterio expuesto en la propuesta de resolución, que no discute la relación de causalidad entre el olvido de la gasa y la perforación intestinal producida en la intervención quirúrgica destinada a su

extracción, y ello a pesar de que, tal como destaca la Inspección Sanitaria en su informe de 25 de junio de 2015, no exista ningún dato que permita inferir una mala práctica en dicha intervención.

Con ello, se viene a admitir la doctrina de la causalidad adecuada, acogida por este órgano consultivo entre otras ocasiones en el Dictamen 168/17, de 27 de abril, con cita de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2015, dictada en el recurso de apelación 394/2015.

QUINTA.- Sentada la obligación de indemnizar a la paciente, a la hora de proceder a la valoración del daño que ha padecido, contamos como elementos probatorios con el historial clínico y con el informe de valoración del daño corporal emitido con fecha 11 de diciembre de 2015 por una experta en la materia.

Por lo que se refiere a la posición de la reclamante, no ha concretado la cuantía de la indemnización que pretende recibir a pesar de ser requerida al efecto por el instructor. No obstante, su respuesta sí ha servido para conocer los conceptos por los que considera debe ser resarcida con mayor detalle que lo que permitía la petición de contenido general que contenía la reclamación. En dicho escrito aludió a las molestias y riesgo de sepsis hasta la detección de la gasa, a los dolores traumáticos y a su impotencia por no haber sido atendidas sus quejas y gritos de dolor; a la perforación del intestino y a los cambios en el tránsito intestinal, dolores y diarreas debidos a su acortamiento, a una infección en la piel; necesidad de posponer el inicio del tratamiento de quimioterapia un mes y medio, y gastos de manutención y molestias varias por la permanencia en el hospital.

También sabemos, puesto que de ello hay constancia escrita en el expediente, que la reclamante no está de acuerdo con la cantidad que le ha ofrecido la Administración por medio de su aseguradora para poner fin al procedimiento de forma consensuada, es decir, que considerada

que el daño sufrido es superior a lo que se desprende del cálculo hecho por aquélla.

Conviene analizar la procedencia de reconocer dichos conceptos de forma paralela al análisis del informe de valoración del daño corporal emitido en el procedimiento, cuyos criterios hace propios la propuesta de resolución. En el mismo, se refleja como primer concepto indemnizable la incapacidad temporal de la interesada, que se concreta en 21 días de baja hospitalaria, que van del 8 al 28 de abril de 2015, y 60 días de limitación impeditiva. Esta última cifra ha sido apreciada por el tasador atendiendo al tiempo estándar de recuperación fijado por el INSS en los supuestos de laparatomía. Esta Comisión Jurídica Asesora no está en disposición de aquilatar ese cálculo apriorístico al carecer de posibles partes de baja de la reclamante, que no han sido aportados por ésta al procedimiento, y llegar el historial clínico hasta fechas cercanas a la reclamación, lo que impide un seguimiento de la evolución postoperatoria de la paciente. De esta forma, se reputa adecuado el importe de 5.013,24 euros apreciado en la propuesta de resolución, al que debe sumarse un 10% del factor de corrección (501,32 €).

El segundo concepto indemnizatorio que acoge el informe de valoración del daño reside en las lesiones permanentes. Éstas, según se afirma, han sido evaluadas conforme a un criterio de valoración prudencial, otorgándose 5 puntos por la yeyuno-ilectomía parcial o total de 30 centímetros (4.324,90 €) y otros 3 por un perjuicio estético ligero relacionado con la cicatriz de la laparatomía (2.495,55 €).

Comenzado por la secuela física, se trata de una lesión permanente que el informe de valoración del daño fija en 5 puntos, que es el mínimo de lo previsto para la yeyuno-ilectomía parcial o total, que puede ser valorada, en atención a su repercusión funcional, entre 5 y 60 puntos.

Con respecto a esta cuestión, el caso analizado plantea la dificultad para su valoración derivada de lo prematuro de su interposición, que fue presentada a los pocos días de conocerse la distracción de la gasa y procederse a una nueva intervención quirúrgica con vistas a su extracción. De esta forma, la repercusión funcional era una incógnita en aquel momento, y, nuevamente en este aspecto, la falta de aportación de documentación por parte de la reclamante (que se limita a alegar cambios en el tránsito intestinal, dolores y diarreas debidos al acortamiento del intestino pero no lo acredita) unida a la limitación temporal del historial clínico, dificulta evaluar la repercusión funcional de la secuela en el estado de salud de la paciente.

No obstante, considerando que esta incertidumbre no se deriva solo de la inacción probatoria de la reclamante, sino también de la propia Administración, que es quien ha de impulsar los actos de instrucción pertinentes en orden al establecimiento definido de los elementos que puedan condicionar el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, y además se conforma con un informe de valoración del daño corporal que utiliza como única fuente de conocimiento del caso el expediente administrativo de la reclamación, omitiendo una pesquisa tan simple como el examen de la paciente o la solicitud a ésta de aportación de documentación actualizada que refleje la evolución en el momento de emisión del informe (emitido ya a los ocho meses de los hechos causantes), se puede considerar contrario al principio de equidad el imputar exclusivamente a la reclamante las consecuencias de ese desconocimiento. Así lo hace el referido informe, y con él la propuesta de resolución, cuando valora la dolencia en el mínimo posible (5 puntos), resultando más ajustado a las circunstancias del caso valorarlo, mientras no se disponga de datos más concretos, en 25 puntos. Parece por otra parte evidente que un acortamiento del intestino en 40 centímetros tiene que producir una limitación funcional superior al mínimo por la fuerza de los hechos. De

esta forma, el importe que corresponde a la interesada por esta secuela es de 21.624,50 euros (864,98 x 25).

Por lo que se refiere al perjuicio estético, el informe lo valora como ligero en 3 puntos (2.495,55 €), sin que haya elementos para discrepar de esta apreciación que a primera vista se antoja razonable cuando el escrito presentado en nombre de la paciente con vistas a la concreción del daño no alude a repercusiones estéticas reseñables.

Los anteriores perjuicios (baja, secuelas físicas y estéticas) han sido valorados 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. La aplicación del referido baremo es meramente orientativa, según ha reconocido esta Comisión en diversos dictámenes (por todos, el Dict. 101/17, de 9 de marzo).

Apreciadas las secuelas, procede aludir al factor de corrección que le debe ser aplicado, que la Administración estima en un 10% en atención a la edad laboral de la interesada. No obstante, la aplicación que del mismo hace la propuesta de resolución debe ser matizada por este órgano consultivo en atención a la doctrina que ha sentado en dictámenes precedentes (a partir del Dict. 520/16, de 17/11) siguiendo lo expresado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencias

de 12 y de 15 de julio de 2013 (RR. 364 y 761 de 2011, respectivamente). En esos casos hemos señalado que el factor de corrección no debe ser aplicado al perjuicio estético al estar previsto únicamente para las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes o incapacidad temporal, siendo así que, en su caso, la ponderación de la incidencia que dicho perjuicio tuviera sobre las actividades del lesionado se valoraría a través del factor de corrección de la incapacidad permanente.

En consecuencia, por lo que se refiere a las secuelas, el factor de corrección ha de aplicarse únicamente a las físicas, consistiendo en el caso examinado en 2.162,45 euros.

Finalmente, el marido de la reclamante hizo referencia en su correo electrónico de concreción del daño a determinados gastos, con respecto a los cuales no se ha presentado documentación acreditativa (principalmente facturas) que permita tan siquiera plantearse su vinculación a los hechos por los que se deduce la reclamación. En este sentido, nuestro criterio no contradice el del órgano administrativo que recaba el dictamen, que apela a su reconocimiento *según justificante*, siendo así que, hasta la fecha, ninguna acreditación se ha presentado que permita su reconocimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación orientativa del baremo de referencia no permite olvidar que dicho instrumento de valoración del daño está pensado para un supuesto distinto al de la responsabilidad sanitaria, cual es el propio de los accidentes de tráfico. Este matiz resulta especialmente relevante en los casos en los que los daños sufridos por quien reclama no estén expresamente previstos en el baremo, caso del paciente que acude a un centro sanitario con la expectativa de ver solucionado o al menos mitigado un problema de salud y la realidad de los hechos es que, debido a un inexplicable descuido, se le ocasiona un daño que no padecía anteriormente a cuyas

resultas se producen complicaciones que no son consecuencia directa de la dolencia que presentaba originariamente, sino de un lamentable descuido.

En el caso de la reclamante, se ha visto obligada a tener una larga baja y a someterse a una complicada intervención quirúrgica. Por ello, cabe apreciar, en adición a los conceptos anteriormente examinados, la generación de un daño moral adicional al reconocido en el baremo aplicado, que atendidas las circunstancias del caso, puede cifrarse en 3.000 euros.

De esta forma, la suma de todos los conceptos apreciados se eleva a 34.797,06 euros. A dicha cantidad ha de aplicársele la actualización que marca la ley. En concreto, el artículo 141.3 de la LRJAP 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 atención a lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, indemnizando a la reclamante por los perjuicios derivados del olvido de una gasa quirúrgica, actuación contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, que se estiman en 34.797,06 euros. Esta cantidad deberá ser objeto de actualización en el

momento del dictado de la resolución conforme al artículo 141.3 de la LRJAP.

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 25 de mayo de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 212/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid