

Dictamen n.º: **266/23**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **18.05.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 18 de mayo de 2023, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D., por los daños y perjuicios derivados de la intervención quirúrgica de hernia realizada en el Hospital Central de la Cruz Roja (HCR).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa de un escrito formulado el 1 de febrero de 2021 por quien dice ser abogado y actuar en representación de la persona indicada en el encabezamiento, en el que se manifiesta que fue derivado al HCR desde el Hospital Universitario 12 de Octubre para cirugía de hernia de trocar, aparentemente rápida y sencilla, sin necesidad de ingreso. Tras la intervención realizada el 14 de febrero de 2020, que duró más de cuatro horas, dice que permaneció ingresado tres días y advirtió una cicatriz de 20 cm y 18 grapas atravesándole el ombligo, percatándose posteriormente que le había re-operado una hernia umbilical ya intervenida en 2008 y que no le causaba ningún perjuicio.

Dice que, tras la intervención, estuvo de baja laboral y posteriormente en seguimiento, habiéndole quedado una importante cicatriz y dolor en la zona intervenida sin ninguna necesidad. Volviendo a ser incluido en lista de espera para la realización de la cirugía que califica de correcta, encontrándose en el momento de presentar el escrito realizando el preoperatorio.

La cuantía solicitada en concepto de indemnización la fija en 50.000 euros.

Tras requerimiento para la subsanación de la reclamación, el 5 de marzo 2021, el abogado presenta nuevo escrito firmado también por el propio reclamante, en el que viene a reiterar lo anteriormente expuesto, y acompaña informes de la asistencia recibida en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación, el órgano instructor solicitó la historia clínica, pudiéndose extraer los siguientes hechos de interés:

El reclamante, nacido en 1982, con antecedentes hernia umbilical en 2008 y obesidad mórbida desde los 17 años, el 8 de julio de 2016 es sometido a intervención de by-pass gástrico en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

El 28 de noviembre de 2019 es diagnosticado de hernia de trocar mesogástrica por el Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital Universitario 12 de Octubre.

El 30 de diciembre de 2019, es derivado por el Hospital Universitario 12 de Octubre al HCR con diagnóstico de eventración de trocar.

A la exploración, en el Servicio de Cirugía General y de Digestivo del HCR refiere notar tumoración supra-umbilical desde hace 6 meses, que le ha ido aumentando de tamaño y le produce molestias.

El 17 de enero firma el consentimiento informado para intervención quirúrgica de eventrorrafía o eventroplastia y el consentimiento de anestesia.

El 14 de febrero de 2020 es sometido a la cirugía en el HCR, hallándose en la intervención defecto herniario de unos 6x6 cm. Se procede a disección y reducción de saco herniario mediante eventroplastia con malla plana fijada.

La evolución es favorable, por lo que se procede al alta el día 18 del mismo mes.

El 19 de febrero se emite informe de biopsia de Anatomía Patológica en el que se describe la pieza sometida a biopsia como fragmento correspondiente a tejido fibroadiposo que mide 16x13x4cm. El diagnóstico anatomopatológico es: *“tejido fibroadiposo con dilatación vascular reactiva compatible con saco herniario.”*

En fecha 10 de marzo de 2020 el reclamante pasó revisión postoperatoria en la consulta del Servicio de Cirugía General y de Digestivo de HCR en dónde manifestó que se encontraba bien y no presentaba dolor. En la exploración física realizada se pudo apreciar que la herida estaba en buen estado y sin recidiva herniaria y se le recomendó iniciar vida activa con faja abdominal; no volviendo a acudir a la consulta precitada desde dicha revisión.

El 29 de octubre de 2020 acude de nuevo al Hospital 12 de Octubre refiriendo que fue intervenido de hernia en el HCR pero dice notarla igual y con las mismas molestias. Se anota: *“Tiene una cicatriz*

periumbilical, caudal a la hernia, que no se reduce y su saco tiene como unos 5 cm de diámetro. Hago preoperatorio, doy CI y pongo en lista de espera para cirugía”.

El 19 de abril de 2021, tras la firma del consentimiento informado, es intervenido en el Hospital Universitario 12 de Octubre de cuadro de hernia epigástrica de puerto de trocar, constanding: “Diseción *de saco herniario con un orificio de 2 cm. Quelotomía. Apertura de saco y resección de epiplón mayor. Cierre primario de saco. Eventroplastia con malla preperitoneal fijada con Novosyn puntos sueltos en cuatro cuadrantes. Revisión de hemostasia”.* La evolución postoperatoria fue correcta y sin incidencias, causando alta hospitalaria en fecha 20 de abril de 2021.

Es citado a revisión el 20 de mayo de 2021 pero el reclamante no acude.

TERCERO.- Incorporada al procedimiento la historia clínica del reclamante, cuyo contenido esencial se ha recogido anteriormente, se procedió a la instrucción del expediente y, conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC, se recabó informe de los servicios intervinientes.

Así, el 16 de marzo de 2021 emite su informe el Servicio de Cirugía General y Digestivo del HCR. En el citado informe se describe que el paciente fue derivado del Hospital Universitario 12 de Octubre con eventración de trocar y se le realizó exploración física, evidenciándose una eventración en trocar supra umbilical con un saco de unos 6-7 cm. de diámetro que parecía depender de la cicatriz del bypass gástrico realizado en 2016.

Tras relatar la asistencia prestada expone que las recidivas de la eventración durante el primer año son del 25 al 63% siendo la incidencia mayor en pacientes con peso. Añade que en ningún caso la intervención fue innecesaria ya que el paciente fue derivado por

eventración, que se evidenció en ese centro, siendo precisa la reparación quirúrgica con malla, como se le informó y firmó en el consentimiento.

Consta también informe del jefe del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital Universitario 12 de Octubre, fechado el 25 de octubre de 2021, en el que expone que el paciente fue incluido en lista de espera para reparación de hernia ventral en puerto de laparoscopia de cirugía bariátrica y que, tras ser intervenido en el HCR, acude de nuevo a consulta apreciándose nuevamente la hernia, siendo sometido a nueva intervención el 19 de abril de 2021.

La Inspección Médica emite informe con fecha 16 de diciembre de 2022, en el que, tras analizar la historia clínica, y la técnica para la reparación de hernias y sus posibilidades de recidivas, expone que la intervención realizada en el HCR no fue arbitraria o innecesaria, toda vez que el reclamante fue derivado a dicho centro diagnosticado con un cuadro de eventración, y que en el centro en cuestión, tanto en consulta como en el acto quirúrgico, se evidenció la existencia de una eventración con un defecto herniario de 6 por 6 cm. cuyo tratamiento siempre impone una reparación quirúrgica con malla, tal como efectivamente se hizo; siendo debidamente informado el reclamante en la consulta previa y firmando el correspondiente documento de consentimiento informado.

El inspector informante concluye afirmando que la actuación fue correcta y acorde a *“la lex artis ad hoc”*.

Sin la práctica de más actos de instrucción, se confiere trámite de audiencia, no constando presentación de alegaciones.

Finalmente, el 21 de abril de 2023 se formula propuesta de resolución por el viceconsejero de Gestión Económica, en la que

concluye desestimando la reclamación al considerar que no concurren los presupuestos para la declaración de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- El 27 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la preceptiva solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente al letrado vocal Don Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 18 de mayo de 2023.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC.

El reclamante ostenta legitimación activa para reclamar en la condición de perjudicado por la asistencia sanitaria que considera deficiente y que ha precisado de una nueva intervención quirúrgica.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en tanto que la asistencia reprochada fue dispensada en un centro integrado en la red sanitaria pública del SERMAS.

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 67.1 de la LPAC). En el presente caso, la reclamación se presentó el 1 de febrero de 2021 y, en tanto la intervención quirúrgica que el reclamante considera innecesaria se realizó el 14 de febrero de 2020, no hay duda que se ha presentado en plazo, sin necesidad de atender a la fecha de determinación de las secuelas.

Respecto al procedimiento seguido, se ha solicitado y emitido el informe preceptivo previsto en el artículo 81.1 LPAC, esto es, el servicio cuya actuación es objeto de reproche. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica, tras lo cual se ha dado audiencia a los interesados.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración 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 (en adelante, LRJSP) en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la*

Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) 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”.

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 proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones.

QUINTA.- Entrando a analizar en el supuesto concreto la existencia de los elementos antes mencionados, el reclamante considera que la intervención de hernia realizada en el HCR fue innecesaria al haberle reoperado una hernia umbilical ya intervenida en 2008 y que no le causaba ningún perjuicio, teniendo que ser operado posteriormente en el Hospital 12 de Octubre de la hernia para la que había sido derivado.

Sin embargo, el reproche de la falta de necesidad de la intervención realizada el 14 de febrero de 2022 no viene refrendadas por ningún informe ningún informe pericial de médico especialista que permita sustentar esa imputación.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de abril de 2022 (Rec. 1079/2019), las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica.

En este caso, para la valoración de los datos obrantes en la historia clínica, debemos atender a los informes de los dos servicios de Cirugía General y Digestivo que ha asistido al reclamante y al informe de la Inspección Médica, cuyo especial valor, por razón de su profesionalidad y objetividad, ha sido resaltado por esta Comisión en numerosos dictámenes, como el 110/2023, de 9 de marzo, y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid entre otras en su Sentencia de 24 de mayo de 2022 (recurso 786/2020),

Así, se constata en la historia clínica y refiere el servicio interviniente del HCR que el reclamante, derivado por hernia de trocar del Hospital 12 de octubre, presentaba un defecto herniario supra umbilical de 6x6 cm, que precisaba cirugía.

En el consentimiento informado firmado por el reclamante se le explica que la eventración para la que va ser intervenido consiste en la presencia de contenido intestinal envuelto en un saco herniario por debajo de la piel, y que se produce como consecuencia tardía de una operación previa en la zona.

En la intervención se comprobó la presencia del saco herniario previamente diagnosticado y se objetivó en el estudio anatomopatológico como tejido compatible con saco herniario.

Así, el inspector médico en su informe refiere: *“es preciso hacer constar que la intervención quirúrgica efectuada al reclamante en fecha 14 de febrero de 2020 en el Hospital Central de la Cruz Roja no consistió en ningún caso en una intervención quirúrgica arbitraria o innecesaria, toda vez que el reclamante fue derivado a dicho centro diagnosticado con un cuadro de eventración, y que en el centro en cuestión, tanto en consulta como en el acto quirúrgico, se evidenció la existencia de una eventración con un defecto herniario de 6 por 6 cm. Cuyo tratamiento siempre impone una reparación quirúrgica con malla, tal como*

efectivamente se hizo ; siendo debidamente informado el reclamante en la consulta previa y firmando el correspondiente documento de Consentimiento Informado”.

La correcta actuación de los facultativos del HCR no queda desvirtuada por el hecho de que meses después fuera nuevamente diagnosticada una hernia por el Servicio de Cirugía y Digestivo del Hospital 12 de Octubre.

En efecto, pese a que en la revisión realizada al mes de la cirugía se comprobó la ausencia de recidiva, y referir el reclamante encontrarse bien, ello no obsta a que se pudiera producir la aparición de nueva hernia, tal y como refieren el servicio interviniente del HCR y el inspector médico.

En ese sentido, ambos informes refieren, con remisión a bibliografía científica, que las recidivas de la eventración durante el primer año son del 25 al 63%, siendo la incidencia mayor en pacientes con peso, y entre el 6 y el 9% pueden presentar molestias relacionadas con las mallas.

El consentimiento informado también recoge expresamente la posibilidad de nueva eventración, precoz o tardía.

Por tanto, la necesidad de nueva intervención no es atribuible a deficiencias en el proceso asistencial prestado en el HCR, que la Inspección Médica califica de correcta y acorde a la “*lex artis*”; careciendo del carácter de antijurídico el daño de ser sometido a una segunda intervención, al constituir un riesgo inevitable recogido expresamente en el consentimiento informado que firmó el reclamante.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no apreciarse daño antijurídico derivado de la asistencia sanitaria prestada, que fue acorde a la *lex artis*.

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 18 de mayo de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 266/23

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid