

Dictamen n^o: **665/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **12.12.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 12 de diciembre de 2012, 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 F.A.J., en adelante, “*el reclamante*”, sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por parte del Hospital Universitario del Henares.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el consejero de Sanidad, mediante oficio de 12 de noviembre de 2012, con registro de entrada el día 21 del mismo mes, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Dña. María José Campos Bucé, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 12 de diciembre de 2012.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, en formato CD, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Mediante burofax dirigido al Hospital del Henares, fechado el 7 de octubre de 2011, una abogada formula en nombre del reclamante una solicitud de iniciación de negociaciones para determinar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de una negligencia médica derivada de una operación quirúrgica que se le realiza el 27 de abril de 2011, en la que se produjo, según afirma, el olvido de unas tijeras en el cuerpo del reclamante, que tuvieron que ser extraídas en una nueva intervención el 26 de agosto de 2011, tras ser localizadas mediante radiodiagnóstico. Según afirma el reclamante sufre secuelas pese a la extracción con éxito de las citadas tijeras.

Acompaña a ese escrito un informe de unos radiólogos y un informe de alta de una clínica en la que se le extrae un cuerpo extraño metálico intrabdominal.

Mediante escrito de 18 de noviembre de 2011 se solicita al representante del afectado que concrete la cuantía económica solicitada como indemnización. En contestación al anterior requerimiento la representante del perjudicado mediante escrito de 12 de diciembre de 2011 argumenta que, debido a que F.A.J. está en espera de la realización de una resonancia magnética, no se puede determinar la cuantía definitiva de las secuelas.

Mediante escritos de 18 y 22 de noviembre de 2011, notificados los días 28 y 30 de ese mes, se solicita al representante del reclamante que acredite la representación con la que actúa y que concrete la cuantía reclamada.

Por escrito presentado en una oficina de Correos el 14 de diciembre de dicho año, la abogada del reclamante presenta un escrito en el que relata los hechos que motivan la reclamación, aporta diversos informes médicos y una escritura de poder general para pleitos en la que otorga poder a diversas personas, entre las que se encuentra la mencionada abogada para intervenir

ante toda clase de órganos de la Administración nacional, autonómica, provincial y municipal así como cobrar, percibir o transaccionar cualquier cantidad que deba percibir el poderdante, por cualquier concepto y procedente de cualquier entidad u organismo público.

En el mencionado escrito se indica que no se puede concretar la indemnización solicitada ya que “(...) *ante la posible aparición de nuevas secuelas dejamos pendiente la concreción de los pedimentos de la reclamación hasta que estos puedan ser determinados*” (folio 11).

De la documentación obrante en el expediente se pueden destacar los siguientes hechos:

El reclamante, de 46 años de edad, ingresó el 27 de abril de 2011 en el Hospital del Henares para tratamiento quirúrgico de un adenocarcinoma de recto.

Ese mismo día se procede a una amputación abdominoperineal y eventroplastia.

En el postoperatorio presenta una evolución clínica favorable, afebril, sin leucocitosis ni datos de infección. A los ocho días presenta fiebre con colostomía funcionante y herida perineal con supuración que requiere apertura de la misma y curas diarias con lavados. Recibe antibioterapia durante diez días y setenta y dos horas sin fiebre se procede a su alta (17 de mayo).

El 20 de mayo de 2011 acude a revisión quejándose de mucho dolor y de su situación personal (folio 93).

Consta nueva revisión el día 27 de mayo en la que se señala que tiene menos dolor, la herida perineal está abierta, muy limpia con tejido de granulación, la colostomía funciona bien y el reclamante manifiesta que se trasladará a otra comunidad autónoma donde hará el seguimiento.

El 25 de agosto de 2011 se realiza radiografía de abdomen en un centro privado en el que se aprecia cuerpo extraño de densidad metálica compatible con tijeras en localización parasagital derecha.

Ingresa en un hospital de Jaén ese mismo día, procedente de la consulta de Oncología por presentar cuerpo extraño intraabdominal. Se decide intervención urgente.

Es intervenido el 26 de agosto de 2011, realizándose una laparotomía exploradora. Se detecta un clamp de Crille en posición paralela al eje longitudinal del cuerpo con una corbata de epiplón que la fija por la parte de contraria a la punta del clamp. Se secciona la brida de epiplón bajo ligaduras procediendo a la extracción del clamp sin problemas especiales. Tras el conteo de gasas, compresas e instrumental se procede al cierre colocando una malla de prolene.

Se explora el sinus perinal por donde drena abundante pus procediendo a tomar una muestra para cultivo. Se aprecia una cavidad superficial abriéndose y ampliándose la incisión tres centímetros en sentido posterior, procediendo al legrado de la cavidad y a toma de muestras para anatomía patológica.

El postoperatorio cursa sin incidencias recibiendo el alta médica el 1 de septiembre de 2011 (folio 34).

TERCERO.- El informe del jefe de Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del Hospital Universitario del Henares, de 25 de enero de 2012, tras relatar la asistencia prestada al reclamante manifiesta:

“(...) Tras nueva evaluación radiológica y clínica en el Comité de Tumores, se decide realizar un intento de tratamiento quirúrgico de rescate. Tal y como se reseña en el protocolo quirúrgico se trataba de una neoplasia de recto que se extendía hasta 3 cm del margen anal, y

que en su cara anterior borraba por infiltración la próstata y vesículas seminales. Dada la edad del paciente se intentó y se consiguió realizar una amputación abdominoperineal completa tras más de 5 horas de intervención quirúrgica, que incluyó resección de tejido prostático. El recuento de material era teóricamente correcto según consta en la hoja de circulante, y se decidió el cierre abdominal y perineal según protocolo. La anatomía patológica reveló un adenocarcinoma con invasión de tejido perirrectal y metastatizando en 2 de 34 ganglios aislados.

El paciente evolucionó favorablemente en el postoperatorio presentando una infección de herida quirúrgica del periné que se trató de forma conservadora.

Posteriormente el paciente se negó a recibir seguimiento y tratamiento adyuvante en nuestro hospital alegando motivos familiares.

Parece evidente que no se realizó un contaje quirúrgico correcto y faltó una pinza de Crylle. Estas pinzas las utilizamos frecuentemente durante el cierre de pared abdominal y que pudo haber caído, precisamente, durante el cierre de la pared abdominal. Evaluando y revisando la bibliografía al respecto, podemos señalar que el paciente presentaba varios factores de riesgo reconocidos para que suceda este tipo de error: cirugía abdominal compleja, índice de masa corporal alto, cirugías prolongadas, procedimientos que afectan a más de una zona (abdomen y periné), empleo de un gran número de material quirúrgico como sucede en la amputación abdominoperineal”.

El informe concluye con la cita de dos artículos publicados en revistas científicas relativos a cuerpos extraños en la cirugía.

Se aporta un informe pericial emitido por cuatro especialistas en cirugía, a solicitud de la compañía aseguradora de la Administración, fechado 15 de marzo de 2012 en el que se concluye:

“(...) 5. Durante la cirugía se dejó olvidada en el interior del abdomen una pinza quirúrgica, sin que hubiera puesto de manifiesto su ausencia en el conteo de instrumental y compresas obligatorio tras toda intervención.

6. El postoperatorio transcurrió con normalidad siendo dado de alta a los pocos días.

7. Meses más tarde, estando en tratamiento por Oncología se descubre la presencia del cuerpo extraño metálico intraabdominal.

8. Se realiza una cirugía urgente para la extracción del cuerpo extraño, aprovechando la misma para la reparación de una hernia incisional del extremo superior de la laparotomía.

9. La cirugía se realiza más tarde haciéndola coincidir con una recolocación de la colostomía por hundimiento de la misma acompañada de un absceso intraabdominal.

10. Los cuerpos extraños metálicos en el interior del abdomen se toleran perfectamente, al ser material inerte, no produce ninguna reacción a cuerpo extraño, al contrario de lo que ocurre con los cuerpos extraños textiles: compresas, gasas, etc.

11. Durante la reintervención no se apreció que las pinzas de Crile hubieran producido ninguna lesión en ninguno de los órganos intraabdominales”.

Asimismo, en el cuerpo del dictamen se indica que:

“(…)es responsabilidad de la enfermera instrumentista y de la circulante el contaje de las compresas y del instrumental. La instrumentista deberá comunicarlo al cirujano antes de que este proceda al cierre del abdomen.

En toda intervención quirúrgica tras el contaje de compresas e instrumental el cirujano pregunta a las enfermeras del quirófano, si el resultado del mismo es correcto.

No se procede a realizar el cierre de un abdomen sin que el resultado del contaje de compresas y de instrumental sea correcto”.

Añade que, en la literatura médica, se recogen como factores de riesgo para el olvido de material quirúrgico las intervenciones muy prolongadas, con frecuente cambio de personal de enfermería y en las que se emplea mucho instrumental, afectando a dos o más campos anatómicos, en este caso abdomen y periné.

Obra en el expediente un dictamen de valoración del daño personal emitido por la Dra. T.F.F. el 24 de febrero de 2012 (folio 97) en el que se valora el daño sufrido por el reclamante reconociendo una indemnización de 6.377, 47 euros por seis días de hospitalización, 13 días improductivos y seis puntos por secuelas estéticas por cicatriz de laparotomía abdominal.

Consta un escrito de la aseguradora de la Administración en el que se recoge que no se ha logrado un acuerdo con el reclamante al no aceptar la oferta formulada sobre la base del mencionado dictamen emitido por la Dra. T.F.F. (folio 105).

Se concede trámite de audiencia al reclamante, notificado el 12 de septiembre de 2012, al que se adjuntan los anteriores informes, presentando escrito de alegaciones en la Subdelegación del Gobierno de Jaén el 19 de octubre de 2012.

En dicho escrito, además de ratificarse en su reclamación, se cuantifica la indemnización solicitada en 23.713,87 euros con el siguiente desglose: 121 días (27 de abril de 2011 a 25 de agosto de 2011) con carácter de no impositivos valorados en 3.599 €; 7 días de hospitalización, tras ser operado de urgencia en el Hospital de Jaén, valorado en 475,86 €; 30 días de curación valorados en 892,5 €; 10 puntos por secuela estética moderada, ya que para retirar las pinzas hubo que abrir sobre la cicatriz anterior y hacerla más grande, valorados en 8.028 € y se reclama por daño moral sufrido como consecuencia de una secuela de carácter psicológico, después de haber tenido que sufrir una segunda intervención quirúrgica innecesaria, valorado prudencialmente en 10.000 €.

Finalmente, el 25 de octubre de 2012, la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución parcialmente estimatoria, reconociendo una indemnización de 6.377,47 euros en atención a la asistencia prestada en el Hospital del Henares, que no fue adecuada y respetuosa con el principio de la *lex artis*.

A la vista de tales 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 (LCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LCC.

Procede la emisión de dictamen al ser la cuantía reclamada superior a 15.000 euros.

El dictamen se emite dentro del plazo legal establecido por el artículo 16 LCC.

SEGUNDA.- El reclamante está legitimado activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial en nombre propio, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en adelante, LRJ-PAC), en cuanto ha padecido un daño que atribuye al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Actúa correctamente representado conforme el artículo 32 de la LRJ-PAC al aportarse una escritura pública concediendo poder a su representante.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al formar parte el Hospital Universitario del Henares de la red de hospitales públicos de la misma.

Por lo que respecta al plazo para reclamar, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC, establece que prescribe al año de producirse el hecho lesivo y en el caso de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación de las secuelas.

En este caso, de la documentación aportada, se puede considerar como *dies a quo* el del alta hospitalaria de la intervención en la que le fue extraída la pinza quirúrgica olvidada, esto es el 1 de septiembre de 2011, por lo cual la reclamación, ya se considere presentada el 7 de octubre de 2011 (fecha de la misma ya que la fecha del burofax es ilegible por el número de página superpuesto) o las distintas fechas en las que el instructor afirma que tuvo entrada la reclamación en el Servicio Madrileño

de Salud (7 de noviembre de 2011 en los folios 6 y 128 o 18 de noviembre en el folio 5), la reclamación estaría, en todo caso, dentro del plazo legal.

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial han de tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

A estos efectos, ha emitido informe el Servicio de Cirugía General, supuestamente causante del daño, tal y como establece el artículo 10 del RPRP y se ha concedido trámite de audiencia al reclamante conforme los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

Si bien no se ha solicitado informe a la Inspección sanitaria, se aportan dos informes periciales por la compañía aseguradora de la Administración.

TERCERA.- Entrando ya a analizar el fondo de la pretensión que formula el reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

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.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente, recoge dicha sentencia que:

“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “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 el ámbito sanitario, la jurisprudencia ha utilizado como criterio para determinar el carácter antijurídico del daño la llamada *lex artis*, definida en la sentencia de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004), indicando (FJ 4º), que *“según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate”.*

Tradicionalmente se viene afirmando que la carga de la prueba de los elementos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial corresponde al reclamante conforme el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el ya derogado artículo 1214 del Código Civil sin perjuicio de ciertas modulaciones en función de la facilidad probatoria.

Ahora bien, en este caso, no se discuten los hechos que dan lugar a la responsabilidad (el olvido de instrumental quirúrgico en el cuerpo del reclamante), ni tampoco que dicho olvido se produjo en la intervención quirúrgica a la que fue sometido el reclamante en el Hospital del Henares.

El examen del expediente muestra con claridad esos hechos, siendo especialmente ilustrativa la radiografía obrante al folio 40 del expediente en la que se observan unas tijeras/pinzas.

Reconocidos esos hechos por el informe del servicio causante del daño y en los informes periciales obrantes en el expediente aportados por la aseguradora de la Administración, ha de concluirse que resulta demostrado que en la intervención quirúrgica realizada el 27 de abril de 2011 en el Hospital Universitario del Henares los servicios sanitarios dejaron olvidadas en el cuerpo del reclamante unas pinzas de Crylle como consecuencia de un error al contar el material quirúrgico utilizado siendo, posteriormente, extraídas mediante una nueva intervención quirúrgica.

Tal y como señalamos en nuestro Dictamen 447/11, de 27 de julio: *“Ciertamente el olvido de material quirúrgico en el cuerpo de un paciente no puede sino considerarse como una actuación contraria a la lex artis ad hoc, así las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2009 (Recurso 231/2007) y de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2001 (Recurso 723/1999)”*.

La calificación del olvido de instrumental quirúrgico como mala praxis no puede considerarse desvirtuada por lo recogido en los informes del Servicio de Cirugía (folio 96) y el informe pericial (folio 103) en cuanto a que existían factores de riesgo tales como el índice de masa corporal del reclamante y la complejidad de la operación en la que se cambia con frecuencia el personal de enfermería con utilización de abundante material quirúrgico. La complejidad de una intervención supone, evidentemente, un

mayor esfuerzo de los profesionales sanitarios intervinientes pero no puede servir de excusa para un mero error de conteo del material.

QUINTA.- Puesto que se ha acreditado tanto la relación de causalidad con la actuación de los servicios sanitarios como el carácter antijurídico del daño al haberse infringido la *lex artis*, resta por valorar el daño sufrido por el reclamante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 141 LRJ-PAC y 12 RPRP.

El reclamante solicita 23.713,87 euros, resultantes de valorar 121 días no impositivos (desde la intervención hasta que se le extrajeron las pinzas), 7 días de hospitalización, 15 días impositivos, 30 días no impositivos (curación de la segunda intervención), 10 puntos de secuela estética, añadiendo la cantidad de 10.000 euros por daños morales (folio 111).

La propuesta de resolución reproduce el escueto dictamen de valoración de daños corporales emitido por la Dra. T.F.F. a petición de la aseguradora de la Administración (folio 97) que propone una indemnización de 6.377,47 euros, resultantes de valorar 6 días de hospitalización, 13 días impositivos y 6 puntos de perjuicio estético, aplicando a ambos conceptos un factor de corrección del 10%.

Este Consejo considera que ha de indemnizarse la totalidad del tiempo que el reclamante ha permanecido con la pinza en su interior ya que, por más que el informe pericial considere que no ha generado daños, la existencia de ese cuerpo extraño olvidado por error (a diferencia de los materiales protésicos a los que alude el informe) es un daño *per se* que altera los tejidos circundantes, como lo prueba el que, una vez detectado, se procediera de inmediato a su extracción urgente (folio 4).

Este criterio se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (recurso 4152/2012) que, en un supuesto de olvido de una gasa quirúrgica, considera procedente indemnizar todo el periodo entre la

intervención en la que se produce el daño hasta el alta médica, distinguiendo entre días improductivos y hospitalarios.

Este Consejo, teniendo en cuenta que no existen en el expediente datos que permitan entender que el reclamante estuvo incapacitado para el desarrollo de sus actividades habituales en el periodo de tiempo entre la intervención y la extracción de la pinza quirúrgica considera que esos días han de ser considerados como no improductivos, en tanto que el periodo de tiempo entre el alta de la segunda intervención quirúrgica y la retirada de las grapas ha de calificarse como días improductivos.

El reclamante alude a un mes de curación sobre el que no aporta prueba alguna por lo que no procede su valoración.

Por tanto habría 119 días no improductivos en el periodo de tiempo entre el 27 de abril y el 25 de agosto de 2011 (ambos excluidos) y 14 días improductivos entre el 1 y el 14 de septiembre. A ellos han de sumarse 7 días de hospitalización entre el 25 de agosto y el 1 de septiembre.

En cuanto al perjuicio estético de la segunda intervención, si bien es cierto que el reclamante ya presentaba la cicatriz de la primera, no es menos cierto que la segunda cicatriz incrementa notablemente el perjuicio estético como, en cierta forma, recoge el dictamen pericial de la aseguradora al valorar el perjuicio estético como leve (1-6 puntos) pero reconociendo seis puntos. Este Consejo considera adecuado reconocer el perjuicio estético como moderado valorándolo en siete puntos.

Teniendo en cuenta las cuantías del baremo del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, actualizado para el año 2011 por Resolución de 20 de enero de 2011 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

(B.O.E. nº 23, de 27 de enero de 2011) resultarían las siguientes cantidades:

- 119 días no impeditivos x 29,75 = 3.540,25 euros
- 14 días impeditivos x 55,27 = 773,78 euros
- 7 días de hospitalización x 67,98 = 475,86 euros
- 7 puntos x 782,31 (edad 46 años) = 5.476,17 euros

A esas cantidades ha de aplicarse el factor de corrección del 10% tanto a las lesiones permanentes como a la incapacidad temporal (sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 30 de abril de 2012 (recurso 1703/2009) por lo que resultaría una cantidad total de 11.292,66 euros. Es por ello por lo que el Consejo, sobre la base de dicho criterio indicador, entiende que procedería estimar una cuantía total de 12.300 euros.

Dicha cantidad ha de ser actualizada conforme lo dispuesto en el artículo 141.3 LRJ-PAC.

SEXTA.- Por último, este Consejo considera que, habida cuenta de las características de la negligencia cometida, como expusimos en nuestro Dictamen 133/12, de 7 de marzo, la Administración ha de proceder a abrir el expediente previsto en el artículo 145.2 LRJ-PAC para determinar la responsabilidad del personal a su servicio, puesto que la reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de enero, eliminó el carácter potestativo de dicha acción de regreso para convertirlo en obligatorio siempre que se indemnice a los lesionados, previa tramitación del procedimiento previsto en el artículo 21 RPRP.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, reconociendo una indemnización de 11.300 euros, debiendo actualizarse conforme el artículo 141.3 LRJ-PAC.

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.

Madrid, 12 de diciembre de 2012

