

Dictamen nº: **404/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **17.10.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de octubre de 2019, 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 Dña., por los daños y perjuicios sufridos que atribuye a una intervención de histerectomía abdominal realizada en el Hospital Severo Ochoa, de Leganés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación formulado por la persona citada en el encabezamiento de este dictamen, asistida por un abogado, registrado de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el día 18 de julio de 2017.

El escrito de reclamación expone que el 21 de noviembre de 2016 la interesada ingresó de forma programada en el Hospital Severo Ochoa, de Leganés, a cargo del Servicio de Ginecología, a fin de ser sometida a una histerectomía abdominal total más doble salpinguectomía. Refiere que en el postoperatorio inmediato refirió parestesias y pérdida de fuerza, siendo diagnosticada de "*meralgia parestésica derecha tras*

cirugía pélvica y probable afectación de plexo braquial o de raíz C6 izquierdos postural tras cirugía". Reprocha que a pesar de la sospecha de lesión de plexo braquial, no se indicó electromiograma y se citó a la reclamante en el Servicio de Neurología un mes más tarde.

La reclamante continúa exponiendo que el 23 de diciembre, más de un mes después de la cirugía donde se produjo el daño, se alcanzó el diagnóstico de *"posible radiculopatía C6 izquierda posiblemente por estiramiento del plexo braquial en postura de la cirugía. Posible meralgia parestésica izquierda"* y que la especialista solicitó un electromiograma, rehabilitación y revisión. Subraya que un mes más tarde ni siquiera había sido citada para la realización de la prueba diagnóstica y el dolor y pérdida de fuerza incapacitante no remitía, por lo que decidió acudir a la mutua laboral para la realización de la misma y el 18 de enero se realizó el electromiograma con el hallazgo de *"plexopatía braquial aguda izquierda. La lesión afecta al cordón lateral, donde es de grado severo"*.

El escrito de reclamación prosigue relatando que los citados resultados hacían necesario comenzar rehabilitación con carácter urgente, si bien teniendo en cuenta que en la Sanidad Pública ni siquiera le habían citado para la realización del electromiograma, se vio en la obligación de comenzar el tratamiento a través de la mutua, que solo se hizo cargo de 30 sesiones de rehabilitación. Posteriormente recibió tratamiento rehabilitador en el Hospital Severo Ochoa, siendo la última sesión el 17 de mayo de 2017. Refiere que en el momento de la reclamación continúa de baja laboral y bajo seguimiento del Servicio de Neurología.

En virtud de lo expuesto y con apoyo en un informe pericial de un especialista en Neurología, la reclamante reprocha las siguientes actuaciones:

- Falta de información relativa a la cirugía realizada el 21 de noviembre de 2016. Refiere que el documento de consentimiento

informado era un formulario genérico en el que no se recogía la posibilidad de sufrir una lesión neurológica severa en una zona completamente distante del lugar intervenido.

- La lesión fue consecuencia de la postura mantenida durante la intervención que no fue vigilada por los facultativos. Considera que se trata de un daño desproporcionado con apoyo en el informe pericial que considera que las lesiones de nervios o plexos son complicaciones excepcionales de este tipo de cirugías, pues no está descrito en la literatura ningún caso de lesión del plexo braquial y solo un caso en el mundo de lesión del nervio femorocutáneo (meralgia parestésica).

- Demora en el diagnóstico y en el tratamiento de la lesión que ha supuesto un retraso en la recuperación de la paciente.

Por todo lo expuesto la interesada reclama una indemnización de 189.283 euros en base a los siguientes conceptos:

A. Daños indemnizables por secuelas (169.438,35 euros):

1. Perjuicio personal básico (139.438,35 euros): a) Secuelas (plejía por lesión del plexo braquial (40 puntos); parestesias en miembro superior izquierdo (4 puntos) y meralgia parestésica (10 puntos)) y b) perjuicio estético medio (21 puntos).

2. Perjuicio personal particular (30.000 euros): perjuicio moderado por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas

B. Lesiones temporales (19.845 euros):

1. Perjuicio personal particular: Grave por 3 días hospitalarios y moderados por 235 días impeditivos.

2. Perjuicio patrimonial: 7.400 euros por lucro cesante.

El escrito de reclamación se acompaña con documentación médica relativa a la interesada, con el informe pericial citado en el escrito de

reclamación y el parte de incapacidad temporal por contingencias comunes así como la declaración de IRPF de la interesada correspondiente al año 2016 (folios 1 a 59 del expediente).

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

La reclamante, de 44 años de edad en el momento de los hechos, con el diagnóstico de útero polimiomatoso fue intervenida quirúrgicamente el 21 de noviembre de 2016 por el Servicio de Ginecología del Hospital Universitario Severo Ochoa. Bajo anestesia general se realizó histerectomía abdominal total más salpinguectomía bilateral total y ooferoctomía unilateral laparotómica. Con carácter previo a la cirugía la reclamante firmó el consentimiento informado de la intervención (4 de noviembre de 2016) y de la anestesia. En el documento relativo a la cirugía se hace constar en que consiste el procedimiento y sus riesgos específicos entre los que se incluyen las lesiones neurológicas y vasculares.

En el postoperatorio inmediato se anotó que la interesada desde que se había despertado refería parestesias en la cara anterolateral del muslo derecho, sin dolor y pérdida de fuerza en el miembro superior izquierdo sobre todo para la flexión del antebrazo y mano así como parestesias en 1º, 2º y mitad radial del 3º dedo de la mano izquierda y algo menos en el borde radial del antebrazo izquierdo.

La reclamante fue valorada por el Servicio de Neurología del centro hospitalario alcanzándose el diagnóstico de meralgia parestésica derecha tras cirugía pélvica y probable afectación del plexo braquial o de la raíz C6 izquierdos postural tras cirugía. Se anotó que no había indicación de EMG en ese momento.

La interesada recibió el alta hospitalaria el 24 de noviembre de 2016 con la recomendación de consulta en Neurología para

reevaluación, indicándose que probablemente mejoraría paulatinamente en pocos días.

El 23 de diciembre de 2016 la reclamante acudió a revisión al Servicio de Neurología. En la anamnesis se hizo constar que la paciente había comentado que experimentó mejoría las dos primeras semanas y que después se había mantenido estable y que persistían las parestesias en la cara anterolateral del muslo izquierdo, en los dos primeros dedos de la mano izquierda y en el borde radial del antebrazo izquierdo. No presentaba dolor pero sí debilidad en la flexión del codo y en el general en el miembro superior derecho cuando cogía peso. Con el diagnóstico de posible radiculopatía C6 izquierda, posiblemente por estiramiento del plexo en la postura de la cirugía, y posible meralgia parestésica izquierda, se solicitó EMG, rehabilitación y revisión con pruebas.

El 18 de enero de 2017 la reclamante se realizó el EMG en una clínica privada con el resultado de *“signos de plexopatía braquial aguda izquierda. La lesión afecta al cordón lateral donde es de grado severo”*.

El 22 de marzo de 2017 la interesada fue vista en el Servicio de Rehabilitación del Hospital Universitario Severo Ochoa remitida por su médico de Atención Primaria. Se anotó que había recibida rehabilitación en la mutua hasta el 10 de marzo pero que precisaba más sesiones ya que se mantenían parestesias y dolor en 1º dedo y eminencia tenar.

La reclamante recibió rehabilitación en el citado centro hospitalario hasta el 17 de mayo de 2017, fecha en la que se pautó el alta con la recomendación de continuar destreza en su domicilio y acudir a control por su neurólogo.

En la revisión de 31 de julio de 2017 se anotó que persistía asimetría en la fuerza en ambos miembros superiores, con hipoestesia en la yema del 1er dedo de la mano izquierda y la paciente refería dolor

cervical que a veces se irradiaba al miembro superior izquierdo y que se asociaba a determinadas posturas.

TERCERO.- Formulada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante del Hospital Universitario Severo Ochoa (folios 63 a 152 del expediente).

Se ha emitido informe de 7 de septiembre de 2017 del jefe de Sección de Ginecología y Obstetricia del citado centro hospitalario en el que tras analizar las causas más frecuentes del plexo braquial señala que en este caso *“parece lógico sospechar, que el cuadro neurológico que padece esta paciente sea consecuencia de una compresión directa prolongada durante la intervención quirúrgica, en relación con una mala postura del brazo durante la misma, ya que ninguna de las otras causas descritas concurrían en Dña (...)”*. Añade que el equipo quirúrgico que incluye celador, enfermería, anestesia y cirujano es el responsable en velar por la seguridad del paciente en el quirófano y que la colocación correcta del paciente en la mesa de operaciones es una parte de la asistencia tan importante como la preparación preoperatoria y la asistencia segura en la relación con la recuperación del enfermo. El informe indica que en este caso, hay que pensar que la colocación del brazo al inicio de la intervención fue correcto, porque es una práctica habitual que el equipo quirúrgico vigile la instalación adecuada del paciente, pero que a lo largo de la intervención se produjeran modificaciones u otras circunstancias que influyeran directamente en la compresión mantenida del brazo. Con respecto al consentimiento informado, informa que no se describe la lesión del plexo braquial, al ser una complicación excepcional en este tipo de cirugía.

Asimismo se ha incorporado al procedimiento el informe de 31 de agosto de 2017 del jefe de la Sección de Neurología del referido centro hospitalario, en el que tras relatar las distintas asistencias a la interesada expone que no hubo retraso en el diagnóstico puesto que ya se realizó en la primera valoración de la paciente y que un estudio EMG en la fase aguda puede ser normal y que por ello se prefiere realizarlo pasados 21 días del inicio para tener una información más completa y poder establecer un pronóstico, explorando si existe daño axonal y la distribución de la lesión. Por último añade que la evolución de la paciente fue muy favorable hasta el punto de recuperar la fuerza en el miembro superior izquierdo a los 7 meses. Señala que no existía plejía como se dice en la valoración pericial aportada por la interesada así como que en la exploración del 31 de julio sólo se objetivó alteración sensitiva en el 1º dedo de la mano y que en las lesiones nerviosas como las de este caso conviene ver la evolución durante 1-1,5 años para saber con exactitud las posibles secuelas.

También figura en el expediente el informe de 31 de agosto de 2017 de la encargada del Servicio de Anestesia del centro hospitalario en el que detalla que la anestesia y la cirugía pueden ser causa de lesiones neurológicas y que la lesión suelen tener relación con las posturas en la mesa quirúrgica. En cuanto a la lesión del plexo braquial refiere que en el caso de cirugía laparoscópica, que se realiza en Trendelenburg (postura en la que se realizó la cirugía de la interesada), se describe una incidencia del 0,16%.

Figura también en el procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria que tras examinar la historia clínica de la reclamante, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, concluye que la reclamante fue adecuadamente informada de las posibles complicaciones de la histerectomía y que las que se materializaron en la interesada no son

complicaciones específicas de esa intervención, de ahí que no sean específicamente consignadas en el documento de consentimiento de la histerectomía. Además añade que en este caso no se ha objetivado la razón concreta de la producción del efecto adverso, que efectivamente se presentó postquirúrgicamente y cuyo origen se estima iatrogénico, no obstante considera que *“no se objetiva práctica médica errónea, a pesar de surgir esta complicación postquirúrgica. Es un efecto adverso producido en el curso de la intervención pélvica (intervención no corta ni menor, bajo anestesia general) entendiéndose originado por varios factores posturales y otros. Siendo iatrogénico, se considera que ello no implica mala práctica. La complicación se valora adecuadamente diagnosticada y tratada”*.

Consta en el procedimiento que el 12 de diciembre de 2018 la reclamante presentó un escrito elevando el importe de la indemnización solicitada a 223.333 euros una vez recibida el alta médica.

Figura en el folio 187 el escrito remitido por la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud en el que comunica el fracaso de la negociación *“dada la imposibilidad de acercamiento de posturas sobre la valoración del daño”*.

Obra en el procedimiento que se confirió trámite de audiencia a la interesada que formuló alegaciones reiterando su pretensión indemnizatoria y subrayó que las lesiones posturales son excepcionales y si se hubiese vigilado la postura durante la intervención no hubiese sufrido las secuelas que padece.

Finalmente el 11 de julio de 2019 el viceconsejero de Sanidad, formula propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación en una cuantía de 13.587,65 euros desglosada de la siguiente manera: 5 puntos por secuelas (4.231,30 euros) y las lesiones temporales en 201 días de perjuicio personal básico (6.060,15 euros) y

un perjuicio particular grave de 3 días y moderado de 21 (1323,60) más un perjuicio patrimonial por lucro cesante de 1.972,60 euros.

CUARTO.- El 12 de agosto de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente nº 395/19 a la letrada vocal, Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 17 de octubre de 2019.

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, dado que este procedimiento se incoó a raíz de la reclamación formulada con posterioridad a su entrada en

vigor, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), al ser la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria se prestó por el Hospital Severo Ochoa, de Leganés, centro integrado en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al 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 reclamante dirige sus reproches en relación con la cirugía realizada el 21 de noviembre de 2016 en el referido centro hospitalario, por lo que no cabe duda que la reclamación presentada el 18 de julio de 2017 se ha formulado en plazo legal, con independencia de la fecha de la curación o de la determinación de las secuelas.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Severo Ochoa, de Leganés, así como del Servicio de Neurología y del Servicio de Anestesia del citado centro hospitalario. Asimismo ha emitido informe la Inspección Sanitaria. Tras la incorporación de los informes mencionados, se dio audiencia a la reclamante y por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo

jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria 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, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha "lex artis" respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.”.

CUARTA.- Como se ha visto en los antecedentes de hecho, la reclamante denuncia que como consecuencia de la histerectomía abdominal realizada en el Hospital Universitario Severo Ochoa, de Leganés, sufrió una meralgia parestésica y una afectación del plexo braquial, debido a la postura mantenida durante la cirugía que no fue vigilada por los facultativos. Considera que se trata de un daño desproporcionado por cuanto que dicha complicación es excepcional en ese tipo de cirugías. Denuncia además la falta de información al no contemplar el consentimiento informado la posibilidad de sufrir una lesión neurológica severa en una zona completamente distante del lugar intervenido. Además reprocha que hubo una demora en el diagnóstico y tratamiento de la lesión.

Del examen del expediente se infiere sin dificultad que en este caso nadie discute que la reclamante sufrió una lesión iatrogénica en la cirugía de histerectomía abdominal, por lo que nuestro análisis se ha de centrar en si la operación se realizó de manera tan inadecuada que, por un fallo en su ejecución, la lesión de que se trata es consecuencia, o no, de una posible infracción de la *lex artis*.

La reclamante ha aportado al procedimiento un informe pericial de un especialista en Neurología en el que tras analizar las posibles causas de la lesión del plexo braquial y de la meralgia parestésica, concluye que en este caso lo que con toda seguridad ocurrió fue una mala postura de la paciente mantenida durante la cirugía. En esa misma consideración

incide el informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del centro hospitalario que efectúa el mismo análisis que el informe pericial de parte, incidiendo en la existencia de una mala colocación de la paciente, si bien no desde el principio de la cirugía sino a lo largo de la intervención. En la misma consideración respecto a la etiología postural de la lesión inciden el Servicio de Neurología y Anestesiología que han informado en el curso del procedimiento. Por su parte la Inspección Sanitaria no se muestra concluyente sobre el origen de la lesión, pues aunque la considera iatrogénica no acierta a concretar la causa de la misma y habla de “*varios factores posturales y otros*” sin mayor concreción.

Por otro lado el informe pericial aportado por la reclamante subraya el carácter excepcional de este tipo de lesiones en cirugías de histerectomía abdominal, hasta el punto de que señala que no está descrito en la literatura ningún caso de lesión del plexo braquial y solamente uno de meralgia parestésica. La misma excepcionalidad aparece expresamente recogida en el informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia y en el informe de la Inspección Sanitaria que apunta a un 0,16 % de incidencia de la lesión del plexo braquial en las cirugías laparoscópicas ginecológicas.

Así las cosas, consideramos que la reclamante ha afrontado su *onus probandi* y, a juicio de esta Comisión Jurídica Asesora, ha acreditado la concurrencia de una mala praxis en la intervención quirúrgica de histerectomía abdominal, en que se fundamenta su reclamación. Llegamos a esta conclusión pues la interesada ha aportado al procedimiento un informe de un especialista en la materia, respecto al que conforme a las reglas de la sana crítica, no hay motivo para dudar de las afirmaciones que realiza que además son confirmadas por el Servicio de Ginecología y Obstetricia implicado en el proceso asistencial de la interesada.

Llama la atención a esta Comisión Jurídica Asesora el informe de la Inspección Sanitaria, pues de manera contradictoria sostiene que *“la intervención se ha mostrado correctamente realizada, sin incidencias ni complicaciones”* para después argumentar a reglón seguido que se ha producido un efecto adverso, y después de reconocer que se produjo una lesión iatrogénica excepcional en este tipo de intervenciones, no se alcanza a comprender que el inspector no extraiga de los hechos la conclusión pertinente cuando ha sentado las premisas para esa conclusión.

Precisamente la excepcionalidad en el resultado que apuntan los informes médicos que obran en el expediente, incluido el de la Inspección Sanitaria, nos lleva a pensar en un resultado inusual o desproporcionado, que viene a avalar la postura que defiende la interesada en su reclamación.

En el supuesto de daño desproporcionado señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de diciembre de 2012, lo siguiente:

“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 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 347/2017), recoge un resumen de la teoría del daño desproporcionado señalando lo siguiente:

“El daño desproporcionado tiene lugar en los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención, en conexión con los padecimientos que se tratan de atender. Como se declara en la sentencia de 6 de abril de 2015 (RJ 2015, 1508) (recurso 1508/2013), "La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" se aplica cuando tal resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible -por su desproporción- ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuridicidad, cerrándose el paso a la posibilidad de pretextar un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado. De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución”.

En esos casos se ha dicho que la Administración sanitaria está obligada a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2012, recurso de casación 1077/2011), porque aquella doctrina hace responder a la Administración cuando se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, salvo que acredite que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación (STS de 19 de septiembre de 2012, RC 8/2010).

En esa hipótesis de daño desproporcionado únicamente no es posible aplicar dicha doctrina cuando el resultado se presenta como una

opción posible (STS de 2 de enero de 2012, RC 6710/2010), cuando dicho resultado constituye un riesgo propio de la intervención médica en un porcentaje considerable (STS 9 de marzo de 2011, RC 1773/2009), y cuando existe actividad probatoria que llega a convencer al órgano judicial respecto a cómo se ha producido tal resultado (STS de 2 de noviembre de 2012, RC 772/2012).

En este caso cabe considerar que la Administración no ha dado una explicación científica razonable de lo sucedido que pudiera exonerar su responsabilidad, sino que al contrario el informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia avala la postura del informe pericial de parte y apunta a un mal control de la postura de la reclamante durante la intervención como causa de la lesión padecida. Como hemos dicho anteriormente el informe de la Inspección Sanitaria, al que habitualmente otorgamos especial relevancia por su objetividad, imparcialidad y profesionalidad, en este caso se muestra ambiguo y contradictorio lo que nos obliga a apartarnos de su criterio y considerar que en este caso se produjo un daño desproporcionado como consecuencia de una mala praxis en la intervención, sin que concurra ninguna de las posibles excepciones en que la jurisprudencia descarta la aplicación de dicha doctrina ante un resultado inusual y desproporcionado, ya que las complicaciones en este caso no constituyen un riesgo propio de dicha operación y no se ha aportado prueba por la Administración que llegue a convencer de que dicho resultado ha sido ajeno al ámbito de actuación de los servicios sanitarios o que responda a una causa de fuerza mayor.

No obstante debemos descartar el defecto de información que invoca la interesada pues el documento de consentimiento informado que firmó con carácter previo a la cirugía puede considerarse completo en cuanto recoge el procedimiento y sus riesgos y complicaciones, entre las que lógicamente no se incluye la que se materializó pues como

hemos venido señalando constituye un riesgo excepcional de esta clase de intervenciones. En este sentido cabe señalar que el documento de consentimiento informado *“no debe abarcar todos los posibles resultados lesivos que pudieran derivarse de la intervención, sino los riesgos específicos de ella y los probables según el estado de la ciencia”* (así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de junio de 2010).

Por lo que se refiere al retraso de diagnóstico y tratamiento de la complicación que invoca la interesada, debe destacarse que aunque el informe pericial aportado por la interesada no efectúa ninguna consideración sobre este aspecto de la reclamación, los informes médicos que obran en el procedimiento tampoco dan una explicación razonable de lo sucedido. Resulta cierto que como indica el informe del Servicio de Neurología que el diagnóstico se alcanzó en la primera valoración que se realizó a la reclamante en el postoperatorio inmediato, pues tal y como muestra la historia clínica, tras la cirugía y ante los síntomas manifestados por la interesada fue explorada por el Servicio de Neurología y se objetivó meralgia parestésica derecha tras cirugía pélvica y probable afectación del plexo braquial o de la raíz C6 izquierdos postural tras cirugía. El mencionado servicio después de justificar que era lógico que un EMG no se realizara en esa fecha, pues en fase aguda puede arrojar resultados normales y por ello se prefiere realizar pasado un tiempo (que fija en 21 días) para tener una información más completa y poder establecer un pronóstico explorando si existe daño axonal y la distribución de la lesión, sin embargo no explica por qué en este caso la revisión se pospuso un 1 mes (23 de diciembre), fecha en la que solicitó el EMG sin carácter de preferencia o urgencia, como habría sido lógico, dados los plazos anteriormente indicados, con los que también coincide el Servicio de Anestesiología situando en un periodo de 2 o 3 semanas el tiempo para realizar la prueba. Ese retraso, no justificado en los informes, motivó que la interesada tuviera que acudir a su mutua laboral donde se realizó la prueba y se pautó el tratamiento

de rehabilitación. Por ello cabe considerar que tampoco se actuó conforme a la *lex artis* en este concreto aspecto de la reclamación.

QUINTA.- Procede emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

A estos efectos se ha de tener en cuenta, con carácter orientativo, el baremo establecido en 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, de conformidad con lo establecido en el apartado 10 de su disposición transitoria, de aplicación al presente caso al haber ocurridos los hechos con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley.

Durante la sustanciación del procedimiento la interesada ha fijado una indemnización de 223.333 euros en atención los siguientes conceptos:

1. Daños por secuelas (tabla 2) a las que asigna 54 puntos más 21 puntos de perjuicio estético, que arroja una suma de 139.438,35 euros como perjuicio personal básico a lo que adiciona 30.000 euros en concepto de perjuicio personal particular por pérdida de calidad de vida de carácter moderado.

2. Lesiones temporales (tabla 3) en las que incluye un perjuicio personal particular grave por 3 días de hospitalización y moderado por 526 días impeditivos, con un total de 27.757 euros más un perjuicio patrimonial que cifra en 26.317,95 euros por lucro cesante.

Por su parte la propuesta de resolución, desconocemos si en base a algún informe pericial que no se ha incorporado al procedimiento, fija la valoración de las secuelas, en las que solo se tiene en cuenta la afectación de sensibilidad de un dedo y de reflejo bicipital como

afectación mínima del plexo y la desaparición de la meralgia, en 5 puntos (4.231,30 euros) y las lesiones temporales en 201 días de perjuicio personal básico (6.060,15 euros) y un perjuicio particular grave de 3 días y moderado de 21 (1323,60) más un perjuicio patrimonial por lucro cesante de 1.972,60 euros.

Contrastadas ambas valoraciones con los datos que obran en la historia clínica cabe considerar que no resultan acreditadas las secuelas que alega la interesada, pues del último informe que obra en el procedimiento se constata una evolución muy favorable de la reclamante, de manera que en un informe de 28 de octubre de 2018 se constatan únicamente como secuelas, disestesias (alteración de la sensibilidad) en el borde radial del antebrazo y en el primer dedo, por lo que parecen razonables los cinco puntos que por este concepto recoge la propuesta de resolución, lo que arroja una cifra de 4.231,30 euros por este concepto. No existe ninguna acreditación por parte de la reclamante del perjuicio estético que se invoca por lo que no cabe reconocer ninguna cantidad por este concepto, en línea con lo que recoge la propuesta de resolución. Tampoco cabe adicionar el perjuicio por pérdida de calidad de vida que invoca la interesada pues no resulta acreditado que las citadas secuelas le impidan llevar a cabo actividades específicas de desarrollo personal, que sería el perjuicio moderado que invoca la interesada, ni tan siquiera que le impidan realizar actividades específicas que tengan especial trascendencia en su desarrollo personal que sería el perjuicio leve.

Por lo que se refiere a las lesiones temporales existe consenso en reconocer tres días por un perjuicio personal particular grave que coincide con los tres días de hospitalización tras la cirugía del día 21 de noviembre de 2016, si bien no parece que dichos días deban imputarse exclusivamente a la complicación pues la propia intervención también lleva aparejado su tiempo de hospitalización aún sin complicaciones, por lo que consideramos razonable indemnizar un solo día de

hospitalización lo que supone una cifra de 75,38 euros. Por otro lado ambas valoraciones reconocen un perjuicio personal particular de carácter moderado, si bien discrepan en la consideración de los días improductivos que para la propuesta de resolución son 21, desconocemos en base a qué criterio, pues no se especifica, mientras que la reclamante considera 526 días, que coinciden con los días que transcurren hasta el alta laboral de la interesada y que es el criterio al que debemos atender, teniendo en cuenta que conforme el artículo 138 de la Ley 35/2015, el perjuicio moderado es aquel en el que el lesionado pierde temporalmente la capacidad para realizar una parte relevante de las actividades específicas de desarrollo personal, entre las que el artículo 54 incluye el trabajo y considerando la equiparación que el artículo 108 de la misma ley realiza entre la incapacidad para la actividad profesional o laboral con el perjuicio moderado. Por tanto por este concepto corresponde a la reclamante una cantidad de 27.352 euros.

Por último cabe desestimar el resarcimiento por lucro cesante que invoca la interesada pues no ha aportado al procedimiento documentación acreditativa de la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal en los términos del artículo 143 de la Ley 35/2015.

En definitiva, por todos los conceptos indemnizatorios reconocidos corresponde a la interesada una indemnización de 31.658,68 euros, cantidad que deberá ser actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

Por todo lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer una indemnización de 31.658,68 euros, cantidad que deberá ser actualizada a la fecha que se ponga fin al procedimiento.

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 17 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 404/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid