

Dictamen nº: **511/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **04.08.22**

DICTAMEN de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 4 de agosto de 2022, 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 sufridos que atribuye a un error en la cirugía costal realizada en el Hospital Universitario de Getafe.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de febrero de 2020, los abogados de la persona citada en el encabezamiento presentaron un escrito en la Comunidad de Madrid en el que relataban que el interesado había sido diagnosticado, en el Hospital Universitario de Getafe, de una lesión blástica hipercaptante en la séptima costilla izquierda que precisaba intervención quirúrgica. Refieren que el reclamante ingresó el 18 de octubre de 2018 en el referido centro hospitalario para la resección del 7º arco costal izquierdo y colocación de una prótesis, lo que se realizó al día siguiente. Detallan que el interesado permaneció hospitalizado hasta el día 25 de octubre de 2018 y que el 5 de noviembre siguiente acudió a revisión, comunicándole que no se habían hallado restos de

tumor en el análisis de Anatomía Patológica por lo que se hacía precisa una nueva cirugía, para ampliar la resección y resecar el tumor.

El escrito de reclamación continuaba relatando que, el 27 de noviembre de 2018, se realizó la segunda cirugía consistente en una retoracotomía posterior lateral izquierda por cicatriz previa, tras la que se halló: *“una tumoración no palpable en el 7º arco costal izquierdo. Prótesis metálica sustituyendo costilla más inferior”*. Señalan que se procedió a la resección del 7º arco costal izquierdo y a la reconstrucción de la pared torácica con una malla de Prolene. Los resultados de Anatomía Patológica, tras esta segunda cirugía, revelaron que la tumoración no era maligna, tratándose de un osteoblastoma.

En virtud de lo expuesto, el escrito de reclamación concluía que, en la primera cirugía, se extirpó por error el 8º arco costal izquierdo, en lugar del 7º, donde se encontraba el tumor, circunstancia que consideran corroborada por todos los informes médicos que se han ido emitiendo en el proceso asistencial del interesado.

El escrito de reclamación consideraba que el interesado se había sometido a una cirugía innecesaria el día 19 de octubre de 2018 y que, por ello, precisó una nueva intervención el 27 de noviembre de 2018, cuando todavía estaba reciente la anterior, lo que había influido en la evolución posterior y en las secuelas que padece.

Por todo lo expuesto, reclamaba una indemnización de 48.261,86 euros, en base a un informe pericial de valoración del daño corporal que adjuntaba a su escrito de reclamación. Además, acompañaba copia de la escritura de poder otorgada a favor de los abogados firmantes del escrito de reclamación; diversa documentación médica relativa al interesado y copia de un burofax dirigido a la Comunidad de Madrid, el 16 de octubre de 2019, en el que se denunciaba la negligencia sufrida por el interesado y su interés en recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (folios 1 a 154 del expediente).

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

El reclamante, de 51 años de edad en la fecha de los hechos, con antecedentes médicos de osteoblastoma en 6º arco costal derecho, intervenido mediante resección parcial del mismo en Hospital General Universitario Gregorio Marañón, el 11 de junio de 2018 acudió a consulta de Cirugía Torácica del Hospital Universitario de Getafe por presentar un cuadro de dolor costal de 2 meses de evolución. En el estudio complementario realizado (TAC y Gammagrafía) se apreció lesión blástica hipercaptante en el 7º arco costal izquierdo sugerente de tumor benigno (probable osteoblastoma).

En la consulta de 23 de julio de 2018, se planteó resección, teniendo en cuenta gammagrafía, antecedentes y que presentaba molestias en la zona. El interesado aceptó. Se explicó el procedimiento, que entendió y firmó el documento de consentimiento informado. Fue incluido en lista de espera quirúrgica.

El 19 de octubre de 2018 se realizó exéresis de arco costal mediante toracotomía posterolateral izquierda con preservación del musculo serrato anterior y colocación de prótesis de titanio. En el protocolo de la cirugía figuran como hallazgos: pared torácica con arcos costales próximos entre sí, sin encontrar ninguna alteración en la superficie de los arcos costales. En cuanto a la técnica, figura: recuento de arcos costales, procediendo a la exéresis de la séptima costilla desde su unión condrocostal hasta el ángulo costal posterior, utilizando electrocoagulación y periostotomo. La exéresis se llevó a cabo sin perforar la pleura parietal. Posteriormente se procedió a la reconstrucción del defecto, utilizando prótesis costal de titanio que se fijó con un punto de alambre al cartílago condrocostal y con la zona de anclaje específica de la barra al segmento posterior. Hemostasia adecuada. Recuento correcto.

El interesado recibió el alta hospitalaria el 25 de octubre de 2018.

El informe de Anatomía Patológica reveló que el arco costal extirpado presentaba tejido óseo con cambios reactivos y sin alteraciones significativas.

En la consulta de 5 de noviembre de 2018 se informó al interesado de la situación y de la necesidad de nueva intervención con resección de la costilla inmediatamente superior a la extirpada. El interesado aceptó y fue incluido en lista de espera quirúrgica.

El 27 de noviembre de 2018, el reclamante fue intervenido de resección del 7° arco costal izquierdo mediante toracotomía posterolateral izquierda (por cicatriz previa) con colocación de prótesis de Prolene. En los hallazgos de dicha cirugía consta *“tumoración no palpable en 7° arco costal izquierdo. Prótesis metálica sustituyendo costilla más inferior perfectamente integrada con los tejidos adyacentes. No seromas”*.

El postoperatorio evolucionó de forma favorable, salvo por un pequeño hematoma que fue tratado con hielo local y recibió el alta hospitalaria al 7° día de la intervención, con tratamiento analgésico por vía oral.

El estudio anatomopatológico de la segunda cirugía informó de lesión compatible con osteoblastoma.

El 12 de diciembre de 2018, el interesado acudió a revisión al Servicio de Cirugía Torácica. El reclamante presentaba dolor. Se pautó tratamiento analgésico y se dio cita en un mes.

La siguiente revisión en el Servicio de Cirugía Torácica tuvo lugar el 9 de enero de 2019. Se anotó que se encontraba con molestias tipo tirantez a nivel torácico posterior y bajo tríceps. No precisaba analgesia.

Se pautó paracetamol en caso de dolor y revisión en 3 meses con Rx de tórax.

En la revisión de 8 de mayo de 2019, el reclamante se encontraba con molestias puntuales tipo tirantez a nivel torácico posterior con los movimientos de miembro superior derecho. Refería lipoma torácico adyacente a herida de mayor tamaño. La Rx de tórax realizada el 4 de enero de 2019, no mostró complicaciones. No se precisó realizar modificaciones de tratamiento. Se anotó que volvería después del verano para ver la evolución de lipoma y solicitar TAC al año de la cirugía.

El 9 de julio de 2019, el reclamante fue visto en la Unidad de Dolor remitido por el Servicio de Cirugía Torácica. Refería molestias de tirantez y contractura en trapecio superior izquierdo que no mejoraba con fisioterapia con EVA 8/10 tipo pinchazo. También presentaba molestias con EVA 5/10 en región costal izquierda con discreta alodinia y acorchamiento que trataba con paracetamol 1g y tramadol 50 mg a demanda (que evita). Se emitió el juicio diagnóstico de “*síndrome miofascial cintura escapular*”. No se modificó el tratamiento. Se anotó que el paciente optaba por tomar analgésicos a demanda (aunque prefería evitarlos). Se ofreció infiltración de puntos gatillo en cintura escapular, que se realizó sin incidencias. Se citó al interesado para toxina botulínica. Bloqueo interfascial como alternativa.

En la revisión de 18 de septiembre de 2019 en el Servicio de Cirugía Torácica, el interesado se encontraba con dolores persistentes que precisaban paracetamol. Se solicitó TC de revisión para valorar resección previa. No se planteó de momento resección del lipoma, aunque creía que había crecido. Se recomendó no manipular la zona intervenida.

El 4 de noviembre de 2019, el interesado acudió al Servicio de Rehabilitación remitido por la Unidad del Dolor para cinesiterapia.

En la revisión de 6 de noviembre de 2019 en el Servicio de Cirugía Torácica, se anotó que presentaba molestias dorsales más suaves pero cervicales más intensas. En tratamiento habitual con paracetamol y Adolonta ocasional. Se remitió de nuevo al interesado a la Unidad del Dolor y se citó para revisión en 6 meses.

El 13 de mayo de 2020, el reclamante acudió a revisión en el Servicio de Cirugía Torácica. Se encontraba sin cambios en relación con el dolor, aunque refería empeoramiento en esa semana. Continuaba con analgesia habitual estando pendiente de cita con la Unidad del dolor. Se dio cita para septiembre para ver la evolución del dolor.

El 12 de febrero de 2021, el interesado fue visto en la Unidad del Dolor. Refería dolor de características mecánicas en región de trapecio bilateral, aunque peor en el izquierdo. También dolor a punta de dedo en pectoral y costal sobre la resección. EVA 8/10. Ya no presentaba la alodinia y el acorchamiento que presentaba en la primera cita. Se pautó repetir toxina botulínica.

TERCERO.- Presentada 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 del interesado del Hospital Universitario de Getafe (folios 162 a 196).

Asimismo, consta en el procedimiento el informe de la jefe de Sección de Cirugía Torácica del referido hospital, que, tras dar cumplida cuenta de los datos que figuran en la historia clínica, aclara en relación con la cirugía del día 19 de octubre de 2018 que, tras realizar las

comprobaciones de seguridad previas a la intervención y estando todo en orden, con el paciente en decúbito lateral derecho, se realizó el recuento costal antes de la incisión cutánea, en varias ocasiones, iniciando dicho recuento desde la 1ª costilla anterior, y desde la 12ª costilla posterior, para asegurar la costilla a resecar, dado que el tumor, por TC realizada previamente, sabían que no iba a ser visible ni palpable por la técnica a utilizar. Se señalaron con rotulador los puntos de referencia y se inició la cirugía a las 10:25 con la incisión cutánea mediante toracotomía.

El informe también explica que tras levantar la escápula de forma manual se inició el recuento costal por la cara posterior de las costillas, siendo lo habitual, que la primera que se palpe sea la 2ª, y siguiendo en orden correlativo, se señaló la costilla a resecar, como 7ª costilla izquierda, apreciándose además que sus costillas estaban muy juntas, con espacios intercostales muy estrechos. El informe añade que esta técnica de contaje costal es la habitual en este procedimiento y es la que la informante lleva realizando durante sus 18 años como adjunta en el Servicio de Cirugía Torácica, habiéndose realizado en este caso el recuento por la adjunta, como primera ayudante, y por la cirujana, y además en varias ocasiones, hasta que decidieron que estaban en lo correcto. Sostiene que se realizó así la resección de forma menos invasiva que si se hubiera realizado abriendo la pleura parietal, lo que hubiera obligado a colocar un tubo de tórax intercostal, con más riesgo de neuralgia postoperatoria, si bien habría permitido realizar el contaje costal desde dentro con mayor precisión, pero no se realizó así con la voluntad de producir el menor dolor postoperatorio.

Figura también en el expediente el informe de 2 de diciembre de 2021 de la Inspección Sanitaria que, tras analizar la historia clínica del interesado y los informes emitidos en el curso del procedimiento, así como realizar las oportunas consideraciones médicas concluye que, la

exéresis del 8º arco costal izquierdo por error, a pesar de poner los medios adecuados, incurre en una práctica contraria a la *lex artis*, si bien, el dolor en la zona de la intervención no se puede atribuir en su totalidad a la resección errónea del 8º arco costal dado que constituye uno de los síntomas comunes a este tipo de intervenciones y está descrito en el consentimiento informado del procedimiento.

El 14 de marzo de 2022, la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud informó sobre el fracaso de las negociaciones con el interesado, “*dada la imposibilidad de acercamiento de posturas sobre la valoración del daño*”.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia al reclamante que formuló alegaciones el 20 de abril de 2022, incidiendo en los términos de su reclamación inicial. Destacó la conclusión de la Inspección Sanitaria en relación con la existencia de una práctica contraria a la *lex artis*, si bien discrepó en cuanto que el dolor no fuera atribuible a la existencia del error en la primera cirugía, pues sostuvo que no son equiparables las molestias derivadas de una única intervención que las correspondientes a dos cirugías realizadas en tan breve plazo de tiempo y en la misma zona. Así indicó que el interesado, tras tres años desde la cirugía, continúa acudiendo a la Unidad del Dolor, donde periódicamente se le administra toxina botulínica, y también recibe rehabilitación, pues continúa sufriendo molestias. Por todo ello, se ratificó en la indemnización solicitada en su escrito de reclamación inicial.

Figura en los folios 228 a 230 un informe de valoración del daño corporal emitido a instancias del SERMAS emitido por un perito médico, que sostiene una indemnización de 18.820,64 euros, en base a los siguientes conceptos:

1) LESIONES TEMPORALES:

1.1 Días con pérdida de calidad de vida grave.

Del 19 de octubre de 2018, fecha del ingreso hospitalario hasta la fecha del alta hospitalaria, 25 de octubre de 2018. (No contempla los días que estuvo ingresado para resecar la costilla afecta, ya que formaba parte del tratamiento). 6 días graves, 458,54 euros.

1.2 Días con pérdida de calidad de vida moderada.

Desde el 25 de octubre de 2018, hasta la fecha del alta laboral, 19 de marzo de 2019. Total 146 días moderados. Indica que al total de días moderados habría que descontar los días que hubiera tardado en curar sin la complicación no prevista. Por analogía según el manual de tiempos óptimos, como mínimo 60 días. $146-60= 86$ días moderados, 4.554,56 euros.

1.3 Días con pérdida de calidad básico, desde el alta laboral hasta la fecha en que es visto en la Unidad del dolor por dolor crónico, por considerar que a partir de ahí lo que ha quedado es fase de secuelas, dolor residual que, se valora en el apartado secuelas. Total 112 días, 3.442,72 euros.

2) INTERVENCIONES

Grupo quirúrgico 6, resección costilla, 1.273,18 euros.

3) SECUELAS

3.1 Perjuicio psicofísico aplicando formula correctora, 7 puntos, 5.900,14 euros.

Material de osteosíntesis en la 7º costilla (horquilla de 1-3 puntos), 2 puntos.

Neuralgias intercostales (4-6 puntos), 5 puntos, ya que el dolor puede deberse a la resección de ambas costillas, junto con el lipoma adyacente.

3.2 Perjuicio estético. Ligero 1-6 puntos.

Se considera perjuicio estético ligero, por ser en zona no visible y porque hubiera quedado igualmente, 4 puntos, 3.211,70 euros.

6) Perjuicio por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas.

No se contempla pérdida de calidad de vida por las secuelas, por no existir ninguna secuela mayor de 6 puntos.

Tras la incorporación del informe anterior, se confirió nuevo trámite de audiencia al interesado. El 1 de junio de 2022, el reclamante formuló alegaciones en las que se opuso a la valoración del daño contenida en el informe incorporado al procedimiento y rebatió cada una de las partidas incluidas en el citado informe.

Finalmente, el 24 de junio de 2022 se formuló propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada reconociendo una indemnización, pendiente de actualizar a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, por importe total de 18.820,64 euros, en base a la valoración efectuada por un perito médico a instancias del SERMAS.

CUARTO.- El 30 de junio de 2022 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 452/22 a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que

formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por la Sección de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 4 de agosto de 2022.

A la vista de todo lo expuesto, 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 de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, al ser la

persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada. Actúa debidamente representada por dos abogados, habiéndose acreditado en el expediente el poder de representación que ostentan los firmantes del escrito de reclamación.

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

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, en el que se reclama por el error en la cirugía realizada el 19 de octubre de 2018 y que obligó a una segunda cirugía el 27 de noviembre siguiente, debe tenerse en cuenta que el interesado recibió el alta laboral el 19 de marzo de 2019, por lo que la reclamación presentada el 28 de febrero de 2020, se habría formulado en plazo legal, sin perjuicio de la fecha de estabilización de las secuelas a la que después nos referiremos y del efecto interruptivo de la prescripción del escrito presentado por el interesado el 16 de octubre de 2019, en el que denunciaba la negligencia sufrida y su interés en recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se aprecia que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por el Servicio de Cirugía Torácica del Hospital Universitario de Getafe, implicado en el proceso asistencial del interesado. Se ha incorporado la historia clínica del reclamante del citado centro hospitalario y se ha emitido informe por la Inspección Sanitaria. Además, se ha emitido un informe de valoración del daño a instancias del SERMAS. Tras la instrucción del procedimiento se confirió trámite de audiencia al

interesado y se redactó la propuesta de resolución en sentido estimatorio parcial de la reclamación formulada.

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.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española y 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.

Según constante y reiterada jurisprudencia, el sistema de responsabilidad patrimonial presenta las siguientes características: 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.

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 11 de marzo de 2022 (recurso 771/2020), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar, debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc.*

En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria... es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente (STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.

CUARTA.- Como se ha visto en los antecedentes de hecho, el reclamante denuncia que en la primera cirugía a la que fue sometido para la resección de un tumor, se extirpó por error el 8º arco costal izquierdo, en lugar del 7º, donde se encontraba el tumor, lo que ha influido en la evolución posterior y en las secuelas que padece.

En este caso resulta claro de la historia clínica que en la cirugía realizada el 19 de octubre de 2018 por el Servicio de Cirugía Torácica del Hospital Universitario de Getafe para exéresis del 7º arco costal mediante toracotomía posterolateral izquierda con preservación del musculo serrato anterior y colocación de prótesis de titanio, se llevó a cabo la resección del 8º arco costal y colocación de prótesis en su lugar, lo que se confirmó con el informe de Anatomía Patológica al no detectarse rastro del tumor en la resección realizada. Por ello, el interesado tuvo que someterse a una segunda cirugía, realizada el 27 de noviembre de 2018, para la resección del 7º arco costal izquierdo mediante toracotomía posterolateral izquierda (por cicatriz previa) con colocación de prótesis de Prolene. En los hallazgos de dicha cirugía se constata claramente la exéresis en la cirugía anterior del 8º arco costal al detectarse prótesis metálica sustituyendo costilla más inferior.

Como es sabido, de acuerdo con la jurisprudencia no todo error médico supone necesariamente la existencia de responsabilidad patrimonial por mala praxis, al existir circunstancias que pueden explicar aquél en determinadas circunstancias, pero también es cierto

con arreglo a esa misma jurisprudencia que “*probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible*”. Así lo demanda el principio de la “facilidad de la prueba”, que recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de febrero de 2019 (recurso 538/2017) con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (así la Sentencia de 16 de febrero de 2012).

El informe del Servicio de Cirugía Torácica implicado en el proceso asistencial del reclamante explica, en descargo de su responsabilidad, que se llevó a cabo el recuento de los arcos costales en varias ocasiones según la técnica habitual y que dicho recuento se vio dificultado por que el interesado tenía las costillas muy juntas, con espacios intercostales muy estrechos. El informe añade que la resección se realizó sin abrir la pleura parietal, que es una técnica menos invasiva, si bien, de la otra forma, se habría podido realizar el contaje costal desde dentro con mayor precisión, pero no se realizó así con la voluntad de producir el menor dolor postoperatorio.

Sin embargo no podemos considerar que lo indicado por el servicio constituya una explicación razonable de lo sucedido pues si bien pudiera ser cierto que el recuento presentó las complicaciones que describe y que sea estimable intentar utilizar la técnica menos invasiva, la realidad es que no se realizó el recuento de manera correcta y por tanto, el interesado tuvo que sufrir la resección de un arco costal que no era el indicado y someterse a una segunda cirugía que no habría sido necesaria si el recuento se hubiera realizado de manera acertada, lo que incurre en una práctica contraria a la *lex artis ad hoc*, en palabras de la Inspección Sanitaria, generando al interesado un daño antijurídico que no está obligado a soportar. En este punto cabe recordar el especial valor que esta Comisión Jurídica Asesora atribuye a la opinión de la Inspección Sanitaria, pues, tal y como recuerda el

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así su Sentencia de 24 de mayo de 2022 (recurso 786/2020), *“sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del Médico Inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”*.

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 34 de la LRJSP, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados para lo que habrá que acudir como criterio orientador al baremo 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.

Como hemos expuesto en los antecedentes, el interesado, con base a un informe pericial de valoración del daño, reclama una indemnización de 48.261,86 euros, en base a los siguientes conceptos:

-17 puntos por secuelas, que teniendo en cuenta la edad del reclamante (52 años), se valoran en 18.958.53 euros, de conformidad con la tabla 2.A.2, de los que 6 puntos corresponden en concepto de asimilación a *“fractura de costillas/esternón con neuralgias intercostales persistentes asociadas a fracturas costales múltiples”*; 5 puntos son relativos a la presencia de *“prótesis costal de titanio”* y 6 puntos relativos al perjuicio estético ligero ocasionado por la cicatriz y deformidad con hundimiento en la cara lateral del hemitórax izquierdo teniéndose en cuenta la incidencia de la retoracotomía en la cicatriz previa y que, en cualquier caso, ante la necesidad del segundo acto quirúrgico hubiese tenido que realizarse.

-En cuanto a las lesiones temporales, considera que el periodo de estabilización lesional se ha prolongado 302 días, de los que 8 días se

consideran de perjuicio personal particular grave (a 77,61 euros por día); 127 días de perjuicio personal particular moderado (a 53,81 euros por día) y 167 días de perjuicio personal particular básico (a 31.05 euros por día), de acuerdo con lo establecido en la tabla 3. En total, por lesiones temporales, 12.640,02 euros.

-Además, por la intervención quirúrgica (consistente en retorcotomía con resección del séptimo arco costal izquierdo y reconstrucción de la pared torácica con malla de Prolene), de conformidad con la tabla 3, le corresponde una indemnización de entre 413,93 euros y 1.655,73 euros que se fija en un 60% de la horquilla de acuerdo con el informe pericial aportado: 1.140,76 euros.

- Por último, el perjuicio moral padecido por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas que se considera leve, valorado en 15.522,55 euros.

Por su parte, la propuesta de resolución acoge la valoración realizada por un perito médico a instancias del SERMAS, que establece una indemnización de 18.820,64 euros, en base a los siguientes conceptos:

1) Lesiones temporales: 6 días graves (458,54 euros); 86 días de pérdida de calidad de vida moderada (4.554,56 euros) y 112 días de pérdida de calidad básico, (3.442,72 euros).

2) Intervenciones, Grupo quirúrgico 6, resección de costilla, 1.273,18 euros.

3) Secuelas: material de osteosíntesis en la 7º costilla (horquilla de 1-3 puntos), 2 puntos y neuralgias intercostales (4-6 puntos), 5 puntos. Además, perjuicio estético ligero (1-6 puntos), 4 puntos, 3.211,70 euros.

No se contempla pérdida de calidad de vida por las secuelas, por no existir ninguna secuela mayor de 6 puntos.

En primer lugar, por lo que se refiere a las secuelas, respecto del material de osteosíntesis, esta Comisión considera, en línea con la propuesta de resolución, que solo debe computarse, el de una de las cirugías, y no el de ambas, como hace el reclamante, ya que uno de ellos forma parte del tratamiento que precisaba por el osteoblastoma. También se reputa acertado valorar las neuralgias intercostales en su rango medio, teniendo en cuenta, además, según ha informado la Inspección Sanitaria, que el dolor en la zona de la intervención no se puede atribuir en su totalidad a la resección errónea del 8º arco costal, dado que constituye uno de los síntomas comunes a este tipo de intervenciones y está descrito en el consentimiento informado del procedimiento. Asimismo, resulta razonable que el perjuicio estético se califique como ligero y en su rango medio, porque se realiza la segunda cirugía sobre la cicatriz previa, aunque considerando que hubiera sido más pequeña de no mediar el error.

En cuanto a las lesiones temporales, esta Comisión considera más razonable el computo que realiza el informe pericial que acoge la propuesta de resolución, de modo que se computan como días graves los que el reclamante estuvo ingresado para la cirugía errónea, pero no los de la segunda cirugía que era necesaria para la resección del arco costal correcto; se reputan como días de pérdida de calidad de vida moderada los 86 días que reconoce la propuesta de resolución en lugar de los 127 días que reclama el interesado, pues parece prudente descontar los días que habría tardado en curar en todo caso si no hubiera ocurrido la incidencia relativa al recuento costal. También parece acertado reconocer como días de perjuicio personal básico los que median desde el alta laboral (19 de marzo de 2019) hasta la fecha en la que el interesado fue remitido a la Unidad del Dolor (9 de julio de 2019), pues en esa fecha parece haberse alcanzado la estabilización de

las secuelas, que no han variado con los tratamientos posteriores encaminados principalmente a mejorar el dolor.

Por otro lado, discrepamos de la propuesta de resolución en cuanto a la valoración de la pérdida de calidad de vida por las secuelas, que no se tiene en cuenta por no existir ninguna secuela mayor de 6 puntos. Sin embargo, el informe pericial aportado por el reclamante, en función de la documentación examinada, da cuenta de que como consecuencia de las secuelas el interesado ha tenido que sufrir una adaptación del puesto de trabajo, lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 35/2015, (*“El perjuicio moral por la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo se considera perjuicio leve con independencia del número de puntos que se otorguen a las secuelas”*), nos permite considerar la existencia de un perjuicio leve, que sin embargo debe computarse en un valor intermedio, teniendo en cuenta, como hemos expuesto anteriormente, que el dolor no se puede atribuir en su totalidad a la resección errónea del 8º arco costal, dado que constituye uno de los síntomas comunes a este tipo de intervenciones sin mediar el error. De esta manera, utilizando de manera orientativa el baremo parece razonable adicionar por este concepto la suma de 3.500 euros (según la tabla 2.B la indemnización por este concepto es de 1.500 euros hasta 15.000 euros).

Por todo lo expuesto procede abonar al interesado una indemnización de 22.320,64 euros, sin perjuicio de que deba ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.4 de la LRJSP.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer una indemnización de 22.320,64 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 4 de agosto de 2022

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 511/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid