

Dictamen nº: **725/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.11.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 22 de noviembre 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 asunto promovido por Dña. en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados del olvido de gasas tras cesárea realizada en el Hospital Universitario Gregorio Marañón (HUGM).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de escrito presentado el 26 de noviembre de 2020, la persona indicada en el encabezamiento formula una queja en la que relata que, como consecuencia de la cesárea efectuada en fecha 12 de mayo de 2020 en ese hospital, los profesionales que la atendieron se dejaron en su interior una compresa quirúrgica, así como restos de su placenta, lo que le ocasionó enormes molestias, dolores y sangrado, que requirieron la realización de una histeroscopia y un legrado evacuador en otro centro sanitario.

Con fecha 24 de febrero de 2021, la persona antes indicada presenta en el registro de la Consejería de Sanidad modelo normalizado

de reclamación de responsabilidad patrimonial en el que viene a relatar lo expuesto en su anterior escrito.

Añade que la negligencia en el olvido de restos de placenta y material quirúrgico le causo enorme desosiego, no pudiendo atender bien al recién nacido, lo que le llevo a pedir tres meses de excedencia en su empresa.

La reclamación cuantifica el daño en la cantidad de 35.289,79 euros, según el siguiente desglose:

-78,31 euros por un día de hospitalización.

-2.280 euros por 42 días, que califica de perjuicio moderado.

-28.818, 80 euros por tres meses de ansiedad y frustración por no haber podido disfrutar de su hijo.

-10.112,08 por los salarios dejados de percibir durante el tiempo de excedencia voluntaria.

A la reclamación acompaña informe de alta tras cesárea del Hospital Gregorio Marañón, informes de un hospital privado donde le retiraron restos orgánicos y compresas quirúrgicas, y concesión de excedencia por cuidado de hijo.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, el Servicio de Responsabilidad del SERMAS, una vez admitida a trámite la misma, comunicada a la compañía aseguradora, interesó la remisión de la historia clínica en la que se ponen de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante ingresó de modo programado en fecha 11 de mayo de 2020, en el Servicio de Obstetricia del HGUGM para efectuarle una inducción electiva programada por preeclampsia leve a término derivada

desde la consulta de Fisiopatología Fetal. En el día del ingreso la edad gestacional era de 37 + 0 semanas. Se realiza maduración cervical con prostaglandinas y oxitocina posterior para regulación de la dinámica uterina. Ante el fracaso de la inducción se decidió la realización de cesárea.

En fecha 12 de mayo de 2020 se efectuó cesárea segmentaria transversa sin incidencias durante procedimiento. Atonía uterina en puerperio inmediato, no mejoría con tratamiento médico por lo que se decide legrado puerperal y colocación de Balón de Bakri.

Ante la buena evolución puerperal y estando normotensa sin medicación, se decidió alta hospitalaria en fecha 15 de mayo de 2020.

A estos datos clínicos derivados de la asistencia recibida en el HUGM, deben añadirse los recogidos en los informes médicos de un centro privado aportados por la reclamante, que son:

En fecha 3 de junio de 2020, la reclamante acudió a las Urgencias del Hospital Q.S. J. al presentar “sangrado *con abundantes coágulos y expulsión de compresa quirúrgica*”, siendo diagnosticada de sangrado puerperal.

En dicho centro se le efectuó un control ecográfico en fecha 16 de junio de 2020 que permitió evidenciar la “*persistencia de restos ovulares*” que precisaban la realización de legrado evacuador.

En fecha 22 de junio de 2020 se procedió a efectuar histeroscopia de restos coriales y legrado evacuador. Durante dicha histeroscopia “*se objetiva imagen compatible con restos coriales de unos 3 cm de diámetro, que se reseca con complejidad, pero sin incidencias intraoperatorias*”.

TERCERO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

las Administraciones Públicas, se ha recabado el informe preceptivo del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, así como informe de 2 de marzo de 2021 del jefe de Unidad de Enfermería de Obstetricia del mismo hospital, en el que relatan la asistencia prestada.

Con fecha 3 de diciembre de 2021, emitió informe por la Inspección Médica en el que, tras analizar los antecedentes, considera debidamente acreditado que tras la realización de la cesárea efectuada en fecha 12 de mayo de 2020 la reclamante presentaba restos placentarios en cavidad uterina, así como compresas quirúrgicas que requirieron su atención médica (incluyendo intervención quirúrgica de histeroscopia y legrado evacuador) en otro centro sanitario para su debida resolución. Concluye el informe el inspector manifestando que la actuación del servicio interviniente no fue correcta ni adecuada a la *lex artis*.

Con fecha 12 de enero de 2022, a instancias del instructor, se emitió informe de valoración del daño corporal, cuantificándose el daño en 4.666,61 euros, según el siguiente desglose:

78,31 euros por un día de perjuicio grave.

3.909,60 euros por pérdida de calidad de vida moderada.

678,70 euros por legrado.

Consta la petición y posterior remisión del expediente al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la interposición de recurso contencioso administrativo, con el número de procedimiento 1073/21.

Con fecha 28 de enero de 2022, el instructor realiza comunicación a la reclamante informándole que se deja en suspenso la tramitación del procedimiento por inicio de negociaciones con la compañía aseguradora.

El 24 de marzo de 2022, la aseguradora comunica la imposibilidad de llegar a acuerdo.

Cumplido el trámite de audiencia el 30 de marzo de 2022, no consta la realización de alegaciones.

Finalmente, el 3 de octubre de 2022, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública, emite propuesta de resolución estimatoria parcial, en la cantidad de cuatro mil seiscientos sesenta y seis euros con sesenta y un céntimos (4.666,61 €).

CUARTO.- El 25 de octubre 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, y correspondió la solicitud de consulta del presente expediente al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 22 de noviembre de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica

Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en cuanto ha sido la persona perjudicada por la inadecuada asistencia sanitaria prestada.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en tanto que la asistencia objeto de reproche fue dispensada en un centro sanitario de su titularidad.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños físicos, el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación de las secuelas.

En el caso examinado, la reclamación data de 24 de febrero de 2021, precedida de una queja de 26 de noviembre anterior, habiéndose prestado la asistencia causante del daño el 12 de mayo de 2020, y necesitando la realización de legrado el 22 de junio siguiente, por lo que la reclamación está presentada en plazo.

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 81.1

de la LPAC, se ha recabado informe del servicio interviniente. También ha emitido informe la Inspección Médica.

Igualmente, se ha cumplido con el preceptivo trámite de audiencia exigido en el artículo 82.1 LPAC

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, propuesta 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.

La interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, no exime a la administración del deber de dictar resolución expresa ni, por ende, a esta Comisión de emitir su dictamen.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la anterior LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos:

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

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto

de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado que *“(...) no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le*

es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que *"la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas"* constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado *"que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado"*.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama sin perjuicio de que se pueda modular dicha carga en virtud del principio de facilidad probatoria. En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 5 de junio de 2017 (rec. 909/2014), recuerda: *"Este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por*

todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992”.

En el supuesto que nos ocupa, a la vista de la historia clínica aportada por la reclamante y el informe de la Inspección Médica, resulta acreditado que en la cesárea realizada a la reclamante se dejaron compresas quirúrgicas y restos orgánicos, que precisaron de una intervención quirúrgica semanas después al parto para su extracción, lo que es calificado por el inspector médico como contrario a la *lex artis*.

Acreditada la relación de causalidad entre el servicio público y el daño causado que tiene carácter antijurídico, se debe valorar el perjuicio causado, existiendo al respecto criterios discrepantes entre la reclamante y la pericial realizada a instancias del órgano instructor.

Así, cabe recordar que el artículo 34, apartado 2, de la LRJSP determina que para los supuestos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios, Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y de la Seguridad Social. Cabe resaltar que los baremos en cuestión no tienen carácter vinculante, sino simplemente servirán como criterio orientativo para el cálculo de la indemnización. En ese sentido lo expone el Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1217/2020, de 28 de septiembre (Rec. 123/2020),

diciendo: « (...) es necesario comenzar por recordar que el recurso a los baremos fijados para accidentes de circulación a los efectos de calcular las indemnizaciones que resultaren procedentes en el ámbito de la responsabilidad de los poderes públicos, ciertamente que han sido utilizados a veces por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, también por este Tribunal Supremo. El mismo Legislador, ya se dijo, se hace eco de esa posibilidad cuando en el artículo 34.2.º de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, acepta esa posibilidad que, por cierto, no estaba en el artículo 141 de la Ley de Procedimiento de 1992, que regulaba también la indemnización y su cálculo. Sin embargo, es lo cierto que este Tribunal Supremo ha venido también declarando que los mencionados baremos, en el mejor de los supuestos, solo podrían tener un valor orientativo y que, en modo alguno podrían comportar el automatismo en la determinación de las indemnizaciones, como decía la sentencia de 20 de febrero de 2012 (recurso de casación 527/2010) "no son vinculantes y solo tienen un carácter meramente orientativo" (en el mismo sentido, sentencia de 3 de mayo de 2012, recurso de casación 2441/2010). Y nada ha cambiado con la nueva regulación que se establece en el actual artículo que regula la indemnización que, como se ha expuesto en su transcripción, se limita a proponer que la determinación de la indemnización, que la primera que deba aplicar es la Administración, en su caso, "podrá tomar como referencia" dicho baremo, es decir, ni se impone imperativamente ni, menos aún, de aceptarse ese recurso al baremo, deba ser aplicado en toda su pureza. Porque lo que se propone es "tomarlo como referencia"».

La valoración de la reclamante, si bien cuantifica de modo prudente los daños por días de perjuicio físico, omitiendo incluso la intervención quirúrgica, reclama también 28. 818, 80 euros por un periodo que califica de ansiedad y frustración de tres meses. También incluye una cantidad correspondiente a los salarios correspondientes al periodo de excedencia por cuidado de hijos.

La valoración que realiza el SERMAS se ciñe al citado baremo, atendiendo a los días de perjuicio grave y moderado sufridos y la intervención quirúrgica reparadora.

A juicio de esta Comisión, debe ser totalmente rechazada la pretensión de salarios por una excedencia solicitada por la reclamante para el cuidado de su hijo, a partir del 26 de octubre de 2021 y hasta el 10 de enero del siguiente año, en tanto la intervención para la extracción de las gasas y los restos dejados en la cesárea se había realizado el 22 de junio, sin que exista ninguna complicación o secuela posterior. Evidentemente, la reclamante no actúa de buena fe al incluir ese concepto al no guardar relación alguna con el servicio reprochado sino a la libre decisión de extender el periodo de cuidado de su hijo.

Tampoco podemos acoger como indemnizable tres meses de desasosiego y frustración que cuantifica la reclamante de manera muy superior a los daños físicos reales, debido recordarse que desde la cesárea hasta la retirada del material quirúrgico solo pasaron 42 días.

No obstante, junto a la intervención quirúrgica y los días de perjuicio físico moderado, no puede obviarse que el dolor y malestar causado por la mala praxis se produjo en momentos de especial trascendencia en la vida de cualquier madre, como son las semanas posteriores al nacimiento de un hijo, en las que confluye el disfrute del bebé y una especial dedicación al mismo. Ello hace que se aprecie claramente insuficiente la cantidad indemnizatoria recogida en la propuesta de resolución, siendo razonable fijarla, por todos los conceptos y debidamente actualizada, en 12.000 euros.

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

CONCLUSIÓN

Procede la estimación parcial de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial, y reconocer una indemnización ya actualizada de 12.000 euros.

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 22 de noviembre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 725/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid