

Dictamen n.º: **561/23**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.10.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de octubre de 2023, sobre la consulta formulada por la consejera 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 la abogada de Dña. (en adelante “*la reclamante*” o “*la paciente*”), por los daños y perjuicios sufridos, pues considera que no hubo una adecuada práctica médica en el Hospital Universitario Fundación de Alcorcón, al no extirpar la tumoración correspondiente a recidiva en la cirugía de su proceso oncológico, así como por el hallazgo compatible de un oblitio en el flanco derecho, que provocó una cirugía posterior.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación formulado por la abogada de la persona citada en el encabezamiento de este dictamen, presentado el 11 de enero de 2022 en el registro del Servicio Madrileño de Salud.

La reclamante refiere que tenía 54 años en marzo de 2011, cuando empezó a tener fuertes dolores abdominales que persistían, concurriendo con malestar, vómitos, flatulencia y náuseas, de modo que se le

diagnosticó un tumor del estroma gastrointestinal y se le realizó una primera intervención.

Señala que, pese a las numerosas visitas médicas, asistencias a Urgencias e intervenciones con especialistas durante más de 10 años, con síntomas reincidentes y que no respondían al tratamiento del “*dolor abdominal inespecífico, aumento de tamaño y aparición de nuevos nódulos*”, finalmente diagnosticado como un sarcoma de bajo grado, no fue hasta el 15 de abril de 2021 cuando, debido a la pérdida de confianza de la paciente con su doctor, al seguimiento efectuado por el equipo médico en el Hospital Universitario Fundación de Alcorcón y al hallazgo de un oblitio en una intervención del 25 de enero de 2021, decidió solicitar un traslado de su seguimiento al Hospital General Universitario Gregorio Marañón. Según el escrito, fue en dicho centro donde finalmente le diagnosticaron el 15 de junio de 2021 una recidiva de un liposarcoma de grado II y “*descubrimiento de ocultación de no extirpación de uno de los dos nódulos pudiendo haber evitado esta última intervención*”.

La reclamación relaciona una serie de lo que considera asistencias, pruebas e intervenciones realizadas desde el diagnóstico equivocado hasta el descubrimiento de un oblitio y el diagnóstico correcto, con la detección de un liposarcoma de grado II, y adjunta un informe médico pericial emitido por un médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria. En el mismo, tras el estudio de antecedentes, documentación médica y explicaciones de la familia, se estima que concurren dos acontecimientos reprobables:

“*La no extirpación del nódulo en meso recto-sigma sin especificar expresamente en el informe postoperatorio, refiriendo de forma genérica: “resección parcial de recto-sigma, unos 7 cm, con el meso. Anastomosis mesorrectal”. (26 enero 2021). Según conversación de la cirujana con la paciente, no se informa sobre la extirpación parcial ni de los motivos técnicos para ello.*

El olvido de una compresa de gasa intraabdominal (oblitum), que conlleva una nueva intervención el 17 de marzo de 2021 para extraer la gasa, motivo de la sintomatología persistente de la paciente en los últimos meses.

No se ha observado la conducta profesional diligente que hubiera evitado la intervención del 15 de junio de 2021, en la que se constata la persistencia del tumor recidiva y que se debiera haber realizado en enero de 2021. No se ha actuado con el cuidado y meticolosidad necesarios en toda intervención quirúrgica abierta, no contabilizando el número de gasas utilizadas en la operación. Se considera una verdadera mala praxis profesional atribuible al equipo que interviene...”.

Según la reclamación, se han producido las siguientes lesiones:

- Importante afectación física y psíquica (síndrome ansioso depresivo reactivo) y disminución de gran parte de las actividades normales de la vida diaria en la paciente, desde el 25 de enero de 2021 hasta el 15 de junio de 2021 (total 142 días). La paciente sigue afectada por dicho síndrome a día de interposición de la reclamación y habría que estar a su valoración final.

- Hospitalización por intervención quirúrgica para la extirpación de oblitio; desde el 17 al 19 de marzo de 2021 (total de 3 días). Sin añadir en este punto la recuperación hasta su total sanación en su domicilio habitual.

- Daño moral sufrido como consecuencia de las actuaciones referidas: ocultación de la incorrecta exéresis de recto sigma, lo que origina la pérdida de confianza de la paciente en el equipo y la petición de la derivación a otro centro. El olvido de una gasa en el abdomen obliga a que se someta a otra operación innecesaria. Se le facilita información no veraz

a la paciente, “*aparición de un nuevo nódulo*”, cuando en realidad se trata del nódulo no resecado y que dio lugar a la última intervención en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

La reclamante estima que en el presente caso, por vulneración de la *lex artis*, no se realizaron las correspondientes comprobaciones para el conteo de las gasas utilizadas; se produjo pérdida de oportunidad para la extirpación del nódulo no resecado y no se realizó el oportuno seguimiento postoperatorio para el descubrimiento inmediato, rápido y eficaz del *oblitum* sin la realización de pruebas a su alcance, originando un daño desproporcionado.

En consecuencia, solicita una indemnización de 60.568,66 euros, con el siguiente desglose:

Por los 141 días (25 de enero de 2021 hasta 15 de junio de 2021) de pérdida de calidad de vida sufrida, el importe de 7.368,66 €.

Por dos intervenciones quirúrgicas a las que no tenía que haberse sometido, el importe de 3.200 €.

Por el perjuicio psicológico/moral grave, el importe de 50.000 €.

Con la reclamación se adjuntan el justificante de inscripción de apoderamiento *apud acta*, el informe médico pericial antes señalado y diversa documentación médica.

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

Se trata de una paciente de 54 años en el momento de la primera consulta de Oncología Médica en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón el 17 de mayo de 2011. Con fecha 30 de marzo de 2011, se le había diagnosticado un tumor del estroma digestivo (GIST) en un centro privado tras un TAC abdominal de 16 de marzo de 2011, en el que se

objetivó una masa en fosa iliaca derecha, realizando histerectomía con doble anexectomía. En informe de Anatomía Patológica del centro privado consta: “*ovario derecho: tumor del estroma gastrointestinal de localización extragastrointestinal, de tamaño 16 cm con presencia de necrosis, índice mitótico elevado (1 figura de mitosis por campo de gran aumento: > 5 por 50cga): inmunohistoquímica: expresión homogénea de C-Kit. Negativa para citoqueratinas, antígeno epitelial de membrana, S-100, calretinina, receptor de estrógenos y CD34. Endometrio y ovario izquierdo sin signos de malignidad; estado de bordes de resección: libres*”.

Es catalogado como GIST de riesgo elevado (por tamaño y alto índice mitótico). Se inicia tratamiento con Imatinib adyuvante del 17 de mayo de 2011 al 28 de febrero de 2014 (3 años).

Se identifica nódulo en hemipelvis derecha correspondiente a implante en TAC de abril 2014 y se decide seguimiento ante el pequeño tamaño. Durante este periodo, se anota en historia clínica que la paciente también sigue realizando seguimiento en una clínica privada. Se interviene finalmente el 3 de mayo de 2016 ante el crecimiento lento pero progresivo de la lesión tras seguimiento estrecho. Se anota información y conformidad de la paciente ante la cirugía, en evolución de consultas de Oncología Médica. Dicha recidiva se analiza, concluyendo el diagnóstico anatomo-patológico que no existen criterios ante el material remitido para confirmar ni descartar que se trate de recidiva de un tumor del estroma gastrointestinal (GIST). Diagnóstico anatomo-patológico: proliferación mesenquimal con expresión inmunohistoquímica de marcadores de músculo liso de comportamiento biológico incierto.

Se remite la muestra al Hospital Universitario Ramón y Cajal para el estudio molecular de la misma. Se anota en la historia clínica de Oncología discusión del caso con el Servicio de Anatomía Patológica, y se decide conjuntamente, ante la alta probabilidad de que se trate de una recidiva del GIST previo y la probable tardanza del análisis molecular

remitido a otro centro, iniciar tratamiento adyuvante nuevamente con Imatinib.

Con fecha 6 de octubre de 2016 se reciben los resultados del estudio molecular de la muestra: sin detección de mutación activadora en los exones 9, 11, 13 y 17 del gen CKIT ni en los exones 12 y 18 del gen PDGFR-A. Ante tales hallazgos, se comenta el caso en el comité de tumores y con el Servicio de Anatomía Patológica, asumiendo la muestra como recidiva de GIST, teniendo en cuenta la evolución, localización y el estudio de Anatomía Patológica (a pesar de CKIT negativo por inmunohistoquímica, que podría explicarse también por el tratamiento recibido).

Dada la buena tolerancia de la paciente a Imatinib, se decide que es correcto el tratamiento.

En TAC realizado el 8 de junio de 2017 se objetiva tumoración en hemipelvis derecha en probable relación con recaída tumoral. Se decide intervención por parte del Servicio de Cirugía General, en fecha 10 de agosto de 2017 practicándose “*laparotomía por GIST recidivado con resección de implante del meso y resección del implante en recto con parche de pared rectal con margen libre*”.

Se envían muestras de ambas resecciones para su análisis por Anatomía Patológica, con diagnóstico conjunto de: “*fragmentos de pared intestinal con proliferación neoplásica de estirpe mesenquimal; en el material remitido no existen criterios para confirmar ni descartar que se trate de la recidiva de un tumor del estroma gastrointestinal (GIST) previo. En el contexto de la paciente, la neoplasia observada podría ser compatible con un GIST con extensos efectos por tratamiento con Imatinib*

Se anota en la historia clínica que se informa a la paciente de la estirpe tumoral y de la resección completa, reiniciando Imatinib adyuvante

en septiembre 2017 de acuerdo con la paciente, puesto que se había suspendido de cara a la intervención.

La paciente continúa con revisiones posteriores sin incidencias reseñables durante los años 2018 y 2019, hasta que, con fecha 3 de junio de 2020 se realiza nuevo TAC de control, objetivando nódulo en grasa parorrectal anterior de 1.1x0.9cm de nueva aparición sugestivo de recidiva tumoral. Se presenta el caso al Servicio de Cirugía y se decide seguimiento estrecho, dado el pequeño tamaño tumoral, con nuevo TAC en 3 meses. Se anota que la paciente está informada y conforme

El 3 de septiembre de 2020 se realiza nuevo TAC con hallazgos de empeoramiento radiológico con crecimiento del nódulo, pasando a medir 1.2x2.4cm. Se decide nuevamente seguimiento estrecho ante crecimiento escaso; se anota asimismo la conformidad de la paciente ante la opción de seguimiento, planteando cirugía si existe nueva progresión en el siguiente TAC.

Con fecha 18 de noviembre de 2020, se realiza TAC toracoabdominal, el que se objetiva empeoramiento radiológico con aumento de nódulo localizado en grasa mesorrectal anterior a la unión rectosigma, midiendo 20x23mm. De igual modo, se objetiva aparición en la fosa ilíaca derecha, entre el ciego y el músculo psoas ilíaco derecho, de nuevo nódulo de partes blandas de 12x13mm, sospechoso también de recidiva/implante.

Ante dichos hallazgos se realiza PET-TAC: “*impresión diagnóstica: nódulo en fosa ilíaca derecha y en grasa mesorrectal con leve incremento del metabolismo en probable relación con tejido tumoral viable (...)*”. Se decide intervención de rescate quirúrgico.

Tras la firma el 3 de diciembre de 2020 del documento de consentimiento informado para cirugía general de extirpación de tumoración GIST recidivada, la paciente ingresa en el Servicio de Cirugía

General en fecha 24 de enero de 2021 para abordaje quirúrgico el 25 de enero de 2021. Se reseca nódulo del psoas derecho y se realiza resección parcial de rectosigma con el meso, lugar donde se encontraba el otro nódulo, procediéndose al alta de la paciente del Servicio de Cirugía en fecha 30 de enero de 2021, sin complicaciones postoperatorias.

Se envía muestra de las piezas quirúrgicas al Servicio de Anatomía Patológica, remitiéndose, como caso consulta, al Departamento de Patología del Brigham and Women's Hospital, de la Harvard Medical School (Boston, Massachusetts, USA), el cual describe que “*se trata de un tumor inusual. El espécimen muestra una apariencia de lesión epitelioides que infiltra el tejido adiposo circundante de forma difusa (...) Al final ninguno de los hallazgos son diagnósticos de una entidad definida por lo que se puede etiquetar esta neoplasia como neoplasia epitelioides atípica, considerada a fines terapéuticos como sarcoma de bajo grado. Este diagnóstico implica el potencial de futuras recidivas...*

Tras dicho hallazgo, se anota en la historia clínica el 4 de marzo de 2021 que la paciente es informada de la naturaleza del hallazgo y del resultado de Anatomía Patológica, siendo advertida de que, debido a la tipificación de nueva estirpe y dada la evolución presentada, se planteaba suspender la medicación adyuvante con Imatinib, solicitando TAC de reevaluación.

Con fecha 16 de marzo de 2021 se repite TC torácico y abdominal de reevaluación post-cirugía, en el que se objetiva la persistencia de la lesión compatible con implante tumoral en la grasa pararrectal anterior, así como un hallazgo compatible con oblitio en el flanco derecho. Se describe adyacente, discreto engrosamiento mural de las asas de colon ascendente adyacentes como cambios inflamatorios/reactivos por contigüidad. Ante tales hallazgos, se avisa al Servicio de Cirugía, el cual contacta con la paciente, a la que se le explican los hallazgos y la necesidad de reintervención.

Se cita a la paciente al día siguiente para reintervención. Tras la firma del documento de consentimiento informado para cirugía por cuerpo extraño intraabdominal el 17 de marzo de 2021, ese día se realiza intervención quirúrgica para extraer el cuerpo extraño (compresa quirúrgica), localizada en el hipocondrio derecho. Tras postoperatorio sin incidencias ni complicaciones, la paciente es dada de alta el 19 de marzo de 2021.

En consulta de Oncología de 15 de abril de 2021, la paciente solicita derivación a centro especializado. Se remite en ese momento informe para canalización al Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

Con fecha 13 de mayo de 2021, la paciente es revisada en Hospital General Universitario Gregorio Marañón, donde se realiza estudio anatomo-patológico de las muestras enviadas desde el Hospital Universitario Fundación Alcorcón con diagnóstico de “*caso consulta de tumor de partes blandas (recaída de GIST gástrico wild type): sarcoma de morfología, perfil inmunohistoquímico y molecular compatible con un liposarcoma desdiferenciado al menos grado 2 de la Fédération Nationale des Centres de Lutte Contre Le Cancer*”.

Tras la firma del documento de consentimiento informado para el procedimiento de resección de sarcoma intraperitoneal el 18 de mayo de 2021, la paciente es intervenida en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón el 15 de junio de 2021 de resección de recidiva de liposarcoma a nivel pélvico, recibiendo el alta el 19 de junio de 2021, sin incidencias.

Consta en la historia clínica que 18 de agosto de 2022 se realiza TAC de abdomen, que objetiva hallazgos compatibles con recidiva en la fosa ilíaca izquierda en margen posterolateral de ciego y localización intramural de ciego, requiriendo intervención quirúrgica a fecha 24 de octubre de 2022 para su exéresis, con realización de hemicolectomía derecha.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), de lo que se dio traslado a la reclamante.

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la paciente del Hospital Universitario Fundación Alcorcón y del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (folios 54 a 403 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC, se ha recabado el informe del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, remitido sin fechar. El citado informe, tras relatar de modo cronológico la atención sanitaria dispensada a la paciente y señalar que “*...se revisaron los formularios de la cirugía previa, el protocolo quirúrgico y los formularios de Enfermería de la cirugía de enero de 2021, que no evidenciaban contaje incorrecto de material quirúrgico*”, concluye que “*desde el momento inicial del contacto con la paciente en la Unidad de Cirugía en 2016 se mantuvo con ella una buena comunicación, fluida, explicando en todo momento la situación y las expectativas, con seguimiento de la paciente, según lo acordado con Oncología y según los protocolos vigentes. Ante la rareza de los hallazgos de la anatomía patológica se consultó en diversos centros, incluido el máximo experto mundial sobre este tipo de tumores, cuyo informe se adjunta*”.

Consta también en el expediente el informe del Servicio de Oncología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, también sin fechar, que se limita a relatar cronológicamente la atención sanitaria dispensada a la paciente.

Consta en el expediente el emplazamiento de la Administración en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la reclamante contra la desestimación presunta de su solicitud (PO 70/2023, ante la Sección

10^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), con remisión del expediente administrativo el 17 de febrero de 2023.

Se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria, de 13 de abril de 2023, que, tras examinar la historia clínica de la paciente, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, concluye, por un lado que “*la atención la paciente desde el Hospital Universitario Fundación Alcorcón en el seguimiento, pruebas complementarias, diagnóstico y tratamiento a lo largo de su enfermedad y en las distintas recaídas de la misma, a juicio de esta inspección salvo criterio en contra, es acorde a lex artis*”, si bien refiere, a continuación, que “*la presencia de oblitio tras la intervención de fecha 25 de enero de 2021, con necesidad de reintervención posterior, a juicio de esta Inspección y salvo criterio en contra, no es acorde a la lex artis*”.

Por último, y a instancias del Servicio Madrileño de Salud, se ha emitido el 24 de mayo de 2023 un informe médico pericial de valoración del daño corporal, realizado por un licenciado en Medicina y Cirugía, experto en valoración del daño corporal y perito médico acreditado que, partiendo de “*una asistencia no conforme a lex artis, siendo su causa la presencia de oblitio tras intervención de fecha 25 de enero de 2021, cuyo daño ha sido la necesidad de realizar una intervención quirúrgica para su extracción y el tiempo de curación, con elementos suficientes para establecer la relación causal entre ellos*

, establece la siguiente valoración:

- Perjuicio personal básico: 1.548,89 euros (49 días no impeditivos a razón de 31,61 euros cada uno).

- Perjuicio personal particular:

Moderado: 1.643,40 euros (a razón de 30 días impeditivos).

Grave: 237,06€ (a razón de 3 días de ingreso hospitalario).

Intervención quirúrgica: (Grupo 3): 842,84 euros.

Total: 4.272,19 €

Una vez instruido el procedimiento, mediante oficio de 20 de junio de 2023 se confirió trámite de audiencia a la reclamante, quien presenta escrito de 12 de julio de 2023, de difícil lectura, en el que cuestiona tanto el informe de la Inspección Sanitaria como la valoración de los daños realizada a instancias del Servicio Madrileño de Salud y reitera el contenido de su reclamación inicial.

Finalmente, el 12 de septiembre de 2023 se formula propuesta de resolución por el viceconsejero de Sanidad y director general del Servicio Madrileño de Salud, en la que se estima parcialmente la reclamación, reconociendo a la reclamante una indemnización de 4.272,19 euros, al considerar que la actuación sanitaria fue parcialmente incorrecta respecto al olvido de material quirúrgico en el curso de una intervención.

CUARTO.- El 20 de septiembre de 2023 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 533/23 al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 19 de octubre de 2023.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud de la consejera 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, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC, dada la fecha de presentación de la reclamación.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial por haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche. No obstante, actúa representada por una abogada, que presenta para acreditar dicha representación un certificado de inscripción de apoderamiento *apud acta* en el archivo electrónico de apoderamientos judiciales. Dicho apoderamiento *apud acta* ante un letrado de la Administración de Justicia no es válido para actuar ante una Administración pública y, de hecho, el propio certificado limita su validez a actuaciones judiciales. Por ello no puede tenerse por acreditada fehacientemente la representación a los efectos del artículo 5 de la LPAC. En todo caso, puesto que se ha tramitado el procedimiento, y sin perjuicio de que la Consejería de Sanidad deba requerir la acreditación de esa representación, se procederá a examinar el fondo de la reclamación.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por un centro sanitario integrado en la red sanitaria del SERMAS.

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. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, cabe distinguir, pues, por un lado, la recidiva en el proceso oncológico de la paciente obliga a una segunda intervención el 25 de enero de 2021, de modo que la reclamación, presentada el 11 de enero de 2022, ha sido formulada en plazo, con independencia de la fecha de curación o de determinación de las secuelas. En cuanto al hallazgo compatible de un oblitio, el *dies a quo* lo constituye la fecha del alta hospitalaria de la cirugía para la extracción de un cuerpo extraño intraabdominal, es decir, el 19 de marzo de 2021, de modo que la reclamación también en ese punto habría sido interpuesta en plazo.

En relación con el procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe de los servicios implicados en el proceso asistencial de la paciente. Consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente, y de igual modo se ha incorporado un informe de valoración del daño corporal emitido a instancias del SERMAS. Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a la reclamante, que realizó alegaciones en el sentido ya expuesto. Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, que ha sido 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 Española, 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 LRJSP, 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”.

Tampoco puede cuestionarse la insuficiencia de pruebas

diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, mediante una regresión a partir de la evolución posterior de la enfermedad de los pacientes.

Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual:

“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio “ex post”, sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”.

CUARTA.- En este caso, la reclamante dirige su reproche a la actuación del hospital, pues reclama, por un lado, que se produjo una pérdida de oportunidad por la realización de una extirpación sólo parcial del nódulo, que se le ocultó a la paciente, tal y como afirma, y, por otro lado, reprocha el olvido de una gasa en el abdomen, por lo que fue sometida *“a otra operación innecesaria”*.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar los reproches de la reclamante, partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación, por aplicación del artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de noviembre de 2018 (recurso 309/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En particular, *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas*

periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica”.

Pues bien, en este caso la reclamante ha incorporado al procedimiento un informe médico pericial realizado por un especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, con las conclusiones expuestas en los antecedentes de hecho del presente Dictamen. Frente a ello, los informes de los diferentes servicios que intervinieron en la asistencia sanitaria prestada a la paciente y, especialmente, el informe de la Inspección Sanitaria, sostienen que, en cuanto al primero de los reproches, la atención dispensada fue conforme a la *lex artis* y coinciden en afirmar que la resección parcial del nódulo estaba plenamente justificada a la vista de los hallazgos intraoperatorios. Cuestión distinta es, como veremos, el reproche relativo al olvido de una gasa en el abdomen de la paciente, sobre el que nos pronunciaremos en último término.

En relación al primero de los reproches, y ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que “*las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)*” y “*no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)*”. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2022 (rec. núm. 77/2019) señala que, “*en estos casos es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor*

imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”.

Pues bien, cabe destacar que el informe médico pericial que acompaña a la reclamación no ha sido realizado por un perito médico especialista en la materia y, además, se limita a atribuir a la actuación sanitaria un resultado lesivo para la paciente, pero sin realizar ningún tipo de análisis técnico-médico de la práctica controvertida, en especial, de la intervención quirúrgica realizada el 25 de enero de 2021.

Frente a ello, el Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo del Hospital Universitario Fundación Alcorcón expone de modo claro que durante la intervención “*se valora la posibilidad de extirpar el implante del meso sin resección de rectosigma, pero quedaría una zona desvascularizada, por lo que se decide realizar una resección segmentaria de unión rectosigmoidea de unos 7 cm incluyendo esa zona. Sección de recto con Echelon 60 carga azul, distal al implante. Sección del sigma cercano a promontorio. Anastomosis colorrectal con CEEA 31. Test de estanqueidad correcto. Donuts íntegros*”. Y, además, añade que “*la cirugía concluye sin incidencias relevantes y se informa en primer lugar a la familia de la paciente, y posteriormente a ella, de que en la localización descrita en el TAC del implante del mesorrecto presentaba una zona engrosada, mal definida, que se interpretó como la recurrencia local y que, ante la*

posibilidad de dejar el recto desvascularizado si sólo se extirpaba esa zona del mesorrrecto, se decidió resección segmentaria del mismo”..

En todo caso, el documento de consentimiento informado para la intervención, firmado por la paciente el 3 de diciembre de 2020, señala expresamente que “*si surgiera alguna situación imprevista urgente, que requiriese la realización de algún procedimiento distinto de los que he sido informado...autorizo al equipo médico para realizarlo*”.

Todo ello lleva a la propia Inspección Sanitaria a recordar en su informe que “*una de las grandes limitaciones de los GIST viene dada por su presentación en localizaciones anatómicas de difícil manejo quirúrgico...*”, para concluir que “*en una situación ideal, los GIST deben resecarse “en bloque” con una cirugía que abarque todas las estructuras involucradas, aunque lógicamente como ya se ha expuesto se trata de una cirugía muy compleja asociada a una importante morbilidad que debe valorarse respecto de su beneficio oncológico, además de valorar la propia dificultad intraoperatoria, no pudiendo por tanto establecer un error de práctica médica la no resección total de todas las recidivas de tumor*”.

QUINTA.- Cuestión diferente es el reproche que efectúa la reclamante relativo a la existencia de una gasa olvidada tras la intervención de 25 de enero de 2021, y que fue detectada el 16 de marzo de 2021 en una TC torácico y abdominal (“*en el flanco derecho, de localización subhepática, se aprecia una imagen ovalada de 8,8 x 4,5 x 5,5 cm... con densidad de partes blandas y con una hiperdensidad metálica, filiforme y serpiginosa en su interior, compatible con oblitero*”).

Como consecuencia, en la propia historia clínica consta cómo el día 17 de marzo de 2021 fue sometida a una nueva cirugía para la extracción de un cuerpo extraño (compresa quirúrgica) encapsulado en el hipocondrio derecho.

Pues bien, cabe recordar que, como señala la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de noviembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 430/2009), “*por las razones que fueran, lo cierto es que la falta de retirada del material quirúrgico empleado es claramente indicativa de una evidente falta de cuidado por los facultativos que participaron en la intervención quirúrgica incumpliendo además las normas recogidas en el protocolo del centro en relación con el recuento del material empleado en las intervenciones quirúrgicas*”.

Respecto a esta problemática, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid ya señaló en sus dictámenes 318/2015 y 447/2011 que “*ciertamente el olvido de material quirúrgico en el cuerpo de un paciente no puede sino considerarse como una actuación contraria a la lex artis ad hoc, así las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2009 (Recurso 231/2007) y de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2001 (Recurso 723/1999)*”. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Comisión Jurídica Aesora en dictámenes tales como el 212/17 de 25 de mayo, 71/2018 de 15 de febrero y 323/19, de 14 de agosto.

En consecuencia, aun considerando que, a la vista de los informes obrantes en el expediente, la presencia de la gasa quirúrgica en el hipocondrio derecho de la paciente no ha originado posteriores complicaciones en su evolución clínica, las molestias originadas a la reclamante por dicho olvido constituyen un daño antijurídico que no tiene obligación de soportar.

Como ya ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora en Dictámenes tales como el 212/17 de 25 de mayo, 71/2018 de 15 de febrero y 323/19, de 14 de agosto, en supuestos como el presente cabe reconocer a la reclamante un daño moral derivado de la circunstancia de haber tenido dentro de su cuerpo un objeto extraño, a causa de una actuación

contraria a la buena práctica médica. En el mismo sentido se manifiesta el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su reciente Dictamen 105/2020, de 7 de mayo, en el que cita expresamente el Dictamen 323/19, de 14 de agosto de esta Comisión Jurídica Asesora, al que ya hemos hecho referencia.

Pues bien, considerando la existencia de un daño moral, no desconocemos la existencia de ciertas discrepancias jurisprudenciales en torno a su valoración, optando determinados órganos judiciales, e incluso consultivos, por aplicar, a tales efectos, el baremo correspondiente 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, como así realizan en el presente supuesto tanto la reclamante en su escrito como la propuesta de resolución, esta última con base en el informe de valoración del daño realizado a instancias del SERMAS.

Sin embargo, el criterio de esta Comisión, plasmado en el ya citado Dictamen 323/19 y, posteriormente, en el Dictamen 142/21, de 23 de marzo, es que, tratándose de un daño moral, a la hora de determinar el quantum indemnizatorio es preciso ponderar las circunstancias concurrentes mediante el reconocimiento de una cantidad global y actualizada.

Señala al respecto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2008 que “*en este caso, sucede que no contamos con una prueba que permita afirmar con certeza que las dolencias que ha venido sufriendo el demandante tenga su etiología en la presencia de un cuerpo extraño, o si por el contrario, estos padecimientos obedecen a otro tipo de causas. Por lo tanto, ante las dudas que surgen en relación a este extremo, y en defecto de una prueba específica practicada en forma, tendente a acreditar estos elementos de hecho (artículo 217 LEC), se ha de concluir que el único daño resarcible, al amparo del artículo 139.1*

de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es el que deriva del olvido de la gasa y la necesidad de someterse a una nueva operación quirúrgica para su extracción, así como el daño moral que ello conlleva...

Sentado lo anterior, resta por determinar el importe de la indemnización, que ha de cubrir la íntegra reparación del daño acreditado, actualizado (artículo 141 Ley 30/1992). Sin perjuicio de reconocer la dificultad de valorar el daño, en esta clase de procedimientos, en el que los baremos establecidos para otros ámbitos tienen carácter meramente orientativo o no vinculante, la indemnización ha de partir de la entidad del daño, y del quebranto que ha producido en la salud e integridad del lesionado. En este sentido, ya hemos expresado que el daño deriva del hecho de dejar alojado en el cuerpo del paciente material quirúrgico, propiciando una nueva intervención, junto al daño moral que ello implica”.

En consecuencia, en la reclamación que nos ocupa, tratándose de un daño moral, en atención al tiempo que la gasa estuvo alojada en el cuerpo de la paciente, es decir, desde el 25 de enero hasta el 17 de marzo de 2021, cabe reconocer a la reclamante un total de 8.000 € en concepto de daño moral.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación formulada, por cuanto la reclamante tuvo que soportar un daño antijurídico que cuantificamos en 8.000 euros, cantidad ya actualizada.

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 19 de octubre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 561/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid