

Dictamen n.º: **459/24**

Consulta: **Consejera de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **18.07.24**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 18 de julio de 2024, emitido ante 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 D. ..... por los daños y perjuicios provocados por el olvido de parte de la aguja en la cirugía del hombro izquierdo, en el Hospital General Universitario de Villalba.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 18 de abril de 2022, la persona citada en el encabezamiento, con asistencia letrada, presenta una reclamación de responsabilidad de patrimonial frente al Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) por un obliito quirúrgico en la zona del hombro izquierdo, en el Hospital General Universitario de Villalba (en adelante, “el hospital”) que requirió una reintervención el mismo día.

La reclamación manifiesta que el paciente acudió el 4 de marzo de 2021 al hospital al padecer luxaciones en el hombro izquierdo y que días después, se realizó una resonancia magnética y ecografía que mostraron una lesión de Bankart y una lesión de Holl-Sachs en la cabeza del húmero del hombro izquierdo, por lo que se le recomendó someterse a una

intervención quirúrgica. Esta se realizó el 24 de abril de 2021 y “*a pesar de la adecuada colocación del injerto y los tornillos, se produjo una grave impericia profesional por el personal sanitario y el cirujano, pues tras el cierre de la incisión fueron conscientes de que faltaba una aguja de grandes dimensiones. Se realizó control radiológico que determinó el hallazgo de un cuerpo extraño metálico en el hombro correspondiente a dicha aguja*”.

Y que, dado este hallazgo, se contactó con el padre del paciente para informarle, y sin firmar el preceptivo documento de consentimiento informado, se intervino de nuevo al paciente ese día, con una incisión en la parte posterior del hombro para extraer la citada aguja.

Finaliza el relato fáctico diciendo que el paciente acudió a las revisiones posteriores y que las incisiones realizadas en el hombro tanto en la parte delantera como en el omoplato, dificultaron el postoperatorio y en particular el descanso del paciente. Después, estuvo en rehabilitación tres meses para recuperar tanto la movilidad como la fuerza. Pero que no ha recuperado la totalidad de la fuerza y al realizar determinados movimientos padece dolor, siendo la última revisión el 26 de octubre de 2021 en Traumatología y continúa con las secuelas ocasionadas por la segunda cirugía. Termina diciendo que solicitó una segunda opinión en el Hospital Universitario Puerta de Hierro, Majadahonda donde tiene citas en el año 2022.

La reclamación cita los preceptos legales que entiende aplicables, así como, la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, incidiendo en que ha habido una negligencia médica por no haberse efectuado el recuento del material quirúrgico antes del cierre de la incisión. Por ello, solicita una indemnización que no se cuantifica, limitándose a decir que será superior a 15.000 €.

La reclamación se acompaña de la escritura de apoderamiento, diversa documentación médica, radiografías y fotografías de la cicatriz del reclamante (folios 1 a 64 del expediente).

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

1.- El paciente, de 20 años de edad en el momento de los hechos, acude al hospital a su primera consulta en el Servicio de Traumatología el 4 de marzo de 2021, por una luxación recidivante del hombro izquierdo. Realiza actividades de boxeo y gimnasio. Tras la exploración física se solicita resonancia e infiltración articular guiada con ecografía. Ambas se realizan el 23 de ese mes y su resultado es lesión de Bankart óseo y Hill-Sachs asociado Off-Track.

Acude a la consulta de Traumatología el día 30 de marzo: luxación recurrente de hombro izquierdo; refiere episodio hace dos años tras un traumatismo de alta intensidad y episodios cada vez más frecuentes. El facultativo recomienda intervención de Latarjet abierto, “*dadas las lesiones y las actividades habituales (boxeo) que acepta*”. Se explica la cirugía y se firma el documento de consentimiento informado para la intervención (folios 189 a 192).

Se incluye al paciente en lista de espera quirúrgica. Se realiza el preoperatorio de anestesia el día 6 de abril, siendo calificado de apto y ASA I. El 7 de abril se firma el documento de consentimiento informado para la anestesia (folio 181).

El paciente ingresa en el hospital para la cirugía programada, el 26 de abril (folios 73 y ss). Posición decúbito supino en "silla de playa" y bajo anestesia general. Vía de acceso: abordaje deltopectoral modificado a hombro izquierdo. Disección por planos hasta plano de apófisis coracoides (...) Colocación de injerto sobre defecto óseo glenoideo y fijación del mismo con 2 tornillos canulados de 36 mm. Se observa correcta posición de injerto a plano sobre superficie articular de cavidad glenoidea. Cierre de la incisión por planos y cierre subescapular.

En el postoperatorio inmediato se visualiza en el control radiológico, la presencia de fragmento de aguja de Kirshner (guía de tornillo canulado de 3,5 mm) en la región posterior del hombro, por lo que el paciente es intervenido quirúrgicamente de nuevo. Vía de acceso: abordaje posterior. Bajo sedación y con el efecto de bloqueo interescalénico previo se realiza la extracción del fragmento de aguja, sin incidencias. Cierre de la incisión por planos y apósito estéril. Al día siguiente, primeras curas a cargo de Enfermería. Recibe el alta: brazo en cabestrillo y se pauta medicación.

El paciente asiste a la revisión en Traumatología, el 10 de junio. *“Buena evolución clínica en cuanto al dolor. No sensación de inestabilidad. Movilidad funcional con limitación de la rotación interna y externa. Está incluido en rehabilitación”* (folio 52)

Se inicia la rehabilitación durante tres meses: terapia manual y movilizaciones; buen balance articular global. Refiere limitación en la rotación externa. En la exploración: hombro izquierdo antepulsión, hipotrofia de deltoides. Balance articular completo con arrastre escápulo humeral final. El balance muscular es 4/5. *“Falta fuerza, debe continuar ejercicios de potenciación”*. Se le da de alta en este servicio el 27 de julio de 2021.

La siguiente revisión en consulta de Traumatología es el 26 de octubre: bien a nivel de movilidad y estabilidad subjetiva, sensación de menos fuerza, con reducción del volumen del infraespinoso, probablemente secundario a la segunda cirugía de retirada de aguja. Se indica que el paciente *“puede retomar cualquier actividad deportiva y fortalecer infraespinoso. Revisión a los seis meses”* (folio 170).

2.- Con posterioridad, el paciente solicita en Atención Primaria una segunda opinión médica y es derivado al Hospital Universitario Puerta de Hierro (visionado Horus por la Inspección Sanitaria) al Servicio de Traumatología el 22 de julio de 2022, manifestando pérdida de fuerza,

cuando realiza actividades, en el hombro izquierdo, y dolor en región de la escápula. Se solicita electromiograma y TAC de hombro.

El 13 de septiembre, acude a consulta: en la exploración, dolor en cara posterior de hombro cuando fuerza haciendo ejercicio. Fuerza y movilidad normales.

Los resultados se informan el 26 de septiembre de 2022: no se objetivan datos de lesión del nervio supraescapular izquierdo. Se observa radiculopatía crónica en C5 izquierda de intensidad muy leve.

**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).

Consta en el expediente examinado, la historia clínica del paciente en el hospital, y el informe de 16 de junio de 2022 del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología que señala –en síntesis– que se realizó la cirugía y que es necesario utilizar unos tornillos que se colocan guiados por agujas metálicas que posteriormente se retiran, para quedar sólo los tornillos dentro del hueso. Y que una de las agujas se partió quedando en la parte posterior del hombro, oculta a la vista de los cirujanos. Se solicitó radiografía que objetivó que la aguja permanecía en el interior y “*el doctor indicó que era necesario proceder a la extracción y así informó a la familia*”. El paciente volvió a quirófano de manera tan inmediata que la segunda cirugía se hizo aún bajo los efectos de la anestesia de la primera cirugía

Prosigue el informe señalando que, en el documento de consentimiento informado firmado para la intervención, se advertía de posibles fallos y roturas del material o instrumental, y también “*si en el momento del acto quirúrgico surgiera algún imprevisto, el equipo médico podrá variar la técnica quirúrgica programada*”.

Por último, respecto del consentimiento informado para la segunda intervención, “éste puede ser verbal y más en una situación de urgencia como esta” y que, en todo caso, sí hay en la historia clínica un documento de consentimiento informado para la extracción de osteosíntesis, firmado ese día 26 de abril, aunque solo por el doctor responsable y que ignora si luego se firmó por un familiar o el paciente.

También ha emitido informe la Inspección Sanitaria en el que después de analizar los antecedentes del caso y el informe emitido en el procedimiento, realiza las correspondientes consideraciones médicas indicando que en el transcurso de la intervención quirúrgica se produce la rotura de una aguja de Kishner; situación contemplada en el documento de consentimiento informado firmado por el paciente. Y que, sin embargo, esta situación no debería haber pasado desapercibida en la intervención, y podría haberse extraído en ese momento sin tener que realizar una segunda intervención accediendo por vía posterior.

De esta segunda intervención, no figura el documento de consentimiento informado firmado, si bien es cierto que se reconoce en la reclamación que el padre sí fue informado de lo acontecido previamente, y considera esta actuación no acorde a la *lex artis*.

El 21 de diciembre de 2023, la asistencia letrada del reclamante solicita, dado el tiempo transcurrido, el impulso procedural.

Concluida la instrucción del expediente, se concedió el trámite de audiencia al reclamante y al centro concertado. Por este último se presentan alegaciones en escrito de 27 de marzo de 2024, en las que considera la actuación del servicio implicado conforme a la *lex artis* y que la reintervención fue ese mismo día previa información oral al padre del paciente “al encontrarse éste sedado, se extrajo el fragmento por la parte posterior por considerarse la vía más adecuada, aprovechando los efectos de la anestesia de la primera intervención. El postoperatorio fue satisfactorio pudiendo realizar el paciente actividades físicas. Y que la parte del

*infraespinoso el paciente la tiene convertida en grasa, no presentado cicatriz”.*

La representación letrada del reclamante presenta sus alegaciones el 16 de abril de 2024, en las que incide en que la deficiente asistencia fue lo que provocó que se interviniere de nuevo al paciente por una vía posterior que lesionó el músculo, sin olvidar el perjuicio estético ocasionando una nueva cicatriz en la parte posterior del hombro junto con el dolor que padece y la pérdida de fuerza, perjuicios éstos que se habrían evitado de haberse objetivado la aguja antes de finalizar la intervención. Adjunta un informe pericial de valoración del daño corporal y solicita una indemnización de 35.658,21 euros, de los que 24.461,47 euros corresponden a lesiones temporales, y 11.196,74 euros a secuelas.

Finalmente, el 21 de mayo de 2024 se formula propuesta de resolución en la que se estima parcialmente la reclamación, reconociendo una indemnización de 9.000 euros, al considerar que se ha omitido el correspondiente documento de consentimiento informado de la reintervención para extraer la aguja olvidada.

**CUARTO.-** El 29 de mayo de 2024, tuvo entrada en el registro de este órgano consultivo, la solicitud de dictamen preceptivo.

Ha correspondido el presente expediente nº 365/24 a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en la sesión indicada en el encabezamiento.

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, (ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la LPAC y debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (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, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria objeto de reproche. Actúa debidamente representado, en virtud de escritura de apoderamiento.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid toda vez que la asistencia sanitaria reprochada ha sido dispensada en el Hospital General Universitario de Villalba, centro sanitario concertado.

En este punto cabe indicar que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder.

En este sentido se ha manifestado esta Comisión Jurídica Asesora (Dictámenes 112/16, de 19 de mayo, 193/17, de 18 de mayo y 107/18, de 8 de marzo, entre otros muchos) asumiendo la reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sección 8<sup>a</sup>) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sección 9<sup>a</sup>). En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (recurso 68/2019) que, tras destacar que la LPAC no recoge una previsión similar a la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, considera que, en los casos en los que la asistencia sanitaria a usuarios del Sistema Nacional de Salud es prestada por entidades concertadas con la Administración (como era el caso), se trata de sujetos privados con funciones administrativas integrados en los servicios públicos sanitarios, por lo que no es posible que se les demande ante la jurisdicción civil ya que actúan en funciones de servicio público.

En lo relativo al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas (artículo 67.1 de la LPAC).

En el presente caso, el reproche se dirige a que en la cirugía realizada el 26 de abril de 2021 se olvidó una aguja del material quirúrgico, siendo ese mismo día el de la reintervención para extraerla, de modo que la reclamación presentada el 18 de abril de 2022 está interpuesta –en todo caso- dentro del plazo legal.

En relación con el procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe del servicio implicado en el proceso asistencial de la paciente, conforme al artículo 81 de la LPAC. Consta que

el instructor del procedimiento solicitó el informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia al reclamante y al centro concertado conforme al artículo 82 de la LPAC, con el resultado 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.

**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 LRJSP.

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*”.

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 en cuanto que 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 Sentencia de 19 de mayo de 2015, (recurso 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.-** En cuanto al daño invocado, resulta acreditado en la historia clínica, que el 26 de abril de 2021 durante el trámite de la

cirugía a la que se sometió el reclamante, quedó olvidado un fragmento roto de la aguja que se había utilizado. Ahora bien, hemos de analizar si esto le produjo o no las secuelas físicas que aduce, ya que el mismo día fue reintervenido con extracción de la aguja olvidada.

El otro reproche es la ausencia de un documento de consentimiento informado para la reintervención, que la Inspección admite como contraria a la *lex artis*, no así el servicio afectado.

En cuanto a esto, hemos visto que sí figuran firmados los documentos de consentimiento informado para la primera cirugía y para la anestesia. El primero de ellos contemplaba posibles roturas del material o instrumental quirúrgico y, además, el olvido de la aguja rota que quedó introducida en el cuerpo, que es lo que se produjo.

Ahora bien, en la historia clínica referida en el antecedente de hecho segundo punto 1 de este dictamen, vemos que tras la intervención y después de cerrada la incisión, fue cuando se hace una radiografía que objetiva la presencia de la aguja rota, decidiéndose inmediatamente reintervenir para extraerla.

Pero hay dos circunstancias que están acreditadas: una, es que la cirugía se desarrolló bajo anestesia general, por lo que cuando se objetivó el olvido, el paciente estaba todavía bajo sus efectos, en consecuencia, tal y como señala el informe del servicio afectado, *estaba sedado* y entendemos que el paciente no podía tomar decisiones, de hecho, no hubo que volverle a anestesiar para la segunda intervención. Y la otra, que el paciente abandonó el área quirúrgica a las 13:31 horas y volvió a las 15:51 horas, durante las cuales se informó al familiar más próximo de la necesidad de reintervenir. La reclamación reconoce expresamente que se informó de esta circunstancia de forma verbal al padre del paciente.

Por tanto, a la luz de la historia clínica y con base en el informe del servicio implicado, entendemos que existía una circunstancia de cierta

urgencia para extraer cuanto antes la aguja rota. Según refiere este informe fue después de valorar la radiografía “*el lapso de tiempo estrictamente necesario para preparar el material y disponer de un quirófano de urgencia para proceder a la extracción*”, y, además, hubo una información facilitada verbalmente al padre del reclamante de la necesidad de reintervención, necesidad que no se discute.

Es por esto por lo que se dan los requisitos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, para eximir del consentimiento informado por escrito de la segunda cirugía realizada horas después (urgencia e información verbal a un familiar); máxime cuando ya constaba previamente la voluntad del paciente con la firma del primer consentimiento de someterse a la cirugía asumiendo sus posibles riesgos. Así, el artículo 9.2 de dicha ley orgánica, señala que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares.

Por consiguiente, no constituye mala praxis en estas circunstancias, la falta del documento de consentimiento informado de la reintervención.

**QUINTA.-** Respecto al olvido o retención de un cuerpo extraño después de un procedimiento quirúrgico, es lo cierto que se reconoce haberse producido por la rotura de una aguja instrumental que según la historia clínica quedó alojada en la parte posterior del hombro.

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 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 (Dictamen 318/2015) 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 Asesora.

En consecuencia, la presencia de una aguja rota originó una reintervención para su extracción horas después, por lo que dicho olvido constituye un daño antijurídico que no tiene obligación de soportar, sobre todo porque, como refiere la Inspección, los protocolos obligan al recuento del material, antes del cierre quirúrgico.

Así las cosas, el primer concepto indemnizable es esa segunda cirugía o reintervención horas después de la primera, y se hizo mediante abordaje por la parte posterior del hombro ya operado para la extracción de la aguja.

Por lo que se refiere a las secuelas en el hombro izquierdo que el reclamante alega que fueron producidas por esa reintervención, es de advertir que no ha quedado acreditada esta relación causal.

En efecto, hay que considerar, en primer lugar, la situación previa del paciente que practicaba boxeo y gimnasia; además, precisamente la primera cirugía era para la corrección de las luxaciones que tenía en el hombro izquierdo, y cuyas posibles consecuencias o riesgos se asumieron

con la firma del documento de consentimiento informado, entre otras: “*l ... pérdida parcial o total de la movilidad del hombro con posterioridad a la intervención, que puede requerir un largo tiempo de rehabilitación*” (folio 190).

En la historia figura la rehabilitación realizada durante tres meses después de las intervenciones, y el día del alta en este servicio (29 de julio de 2021), hay “*un balance articular completo con arrastre escápulo humeral final, balance muscular es 4/5. Falta fuerza, debe continuar ejercicios de potenciación*”.

En la consulta de Traumatología, tres meses después, el 26 de octubre, se constata: “*bien a nivel de movilidad y estabilidad, sensación de menos fuerza, con reducción del volumen del infraespinoso, probablemente secundario a la segunda cirugía de retirada de aguja*”. Pero es lo cierto que el traumatólogo indica que el paciente “*puede retomar cualquier actividad deportiva y fortalecer infraespinoso. Revisión a los seis meses*” (folio 170). Por tanto, por una parte, esta pérdida de fuerza pudo ser debida a la segunda cirugía como una posibilidad, y por otra, se permite ya al paciente realizar cualquier deporte, incidiendo en que debe hacer ejercicios para fortalecer esa parte del músculo.

La Inspección refiere al respecto: “*Tras las dos intervenciones el paciente presenta como secuela atrofia local de la musculatura del infraespinoso a partir de la unión miotendionosa (...) La exploración de movilidad del hombro es normal, manifestando el paciente, pérdida de fuerza en el hombro izquierdo y dolor en región de escápula*”.

Y concluye su informe señalando –en cuanto a estas secuelas- que “*pueden no ser solo consecuencia de la segunda intervención practicada para la extracción del material, dado que partimos de un hombro con luxaciones recidivantes, en las que el infraespinoso tiene un papel importante en la estabilización de la cintura escapular*”.

Por último, el informe de valoración del daño corporal aportado por el reclamante, una vez instruido el procedimiento después del trámite de audiencia, considera que “*existe esta secuela de atrofia del musculo infraespinoso que se manifiesta en la resonancia magnética de 17-05-2023*”. Respecto a este informe de parte, lo primero que ha de ponerse de manifiesto es que, si bien ha sido emitido por una doctora especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, especialista en Medicina Legal y Forense, su fecha el 4 de abril de 2024, es muy posterior a la de los hechos reprochados que ocurrieron tres años antes y se ignora la evolución del paciente en todo este tiempo. El examen del paciente y la emisión de este informe de valoración del daño corporal se hace tras la resonancia magnética del 17 de mayo de 2023 (se ignora dónde) pero no está ni en la historia clínica del hospital en que fue tratado en 2021 (Hospital General de Villalba) ni en la documentación aportada, del Hospital Universitario Puerta de Hierro en 2022. Y lo segundo, es que valora un daño corporal que da por hecho, pero se limita a constar la mala praxis del olvido quirúrgico y no explica con su criterio médico la relación causal entre la reintervención y la secuela.

Este órgano consultivo debe valorar estas circunstancias según todo el material probatorio, siendo de aplicación lo dispuesto en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2008, razonando 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 pues, con arreglo a la historia clínica y los informes médicos emitidos, entendemos que no hay constancia de que esa secuela del infraespinoso fuera consecuencia cierta de la segunda intervención; el médico de Rehabilitación le da de alta el 29 de julio, y el de Traumatología el 26 de octubre de 2021 le autoriza a realizar cualquier tipo de actividad deportiva.

Y estamos al criterio de la Inspección respecto a ello, por un lado por lo ya apuntado respecto del informe de valoración de parte, y otro por el singular valor del informe de la Inspección Sanitaria que este órgano consultivo le atribuye por sus características de objetividad e imparcialidad, tal y como recuerdan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2021 (recurso 33/2019), de 7 de octubre de 2021 (recurso 173/2020) o de 25 de noviembre de 2019 (recurso 514/2017): “*Ha de tenerse en cuenta que, si bien tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el resto de los que obran en el expediente administrativo no constituyen prueba pericial en sentido propiamente dicho, 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.*”

En consecuencia, consideramos indemnizables la segunda intervención y la existencia de una cicatriz en la parte posterior del hombro izquierdo que sin duda está probada y de cuyas dimensiones nos hacemos idea con las fotografías aportadas.

Son estos dos conceptos los que procede valorar con arreglo a las circunstancias del asunto examinado, teniendo en cuenta el baremo establecido en la Ley 35/15 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y el año 2021 en que se produjo el hecho reprochado.

-Se trata de una intervención quirúrgica del grupo III, en la especialidad de Traumatología y Cirugía Ortopédica, ya que fue para “*la extracción quirúrgica de cuerpos extraños profundos*”: 600 €.

-La cicatriz es muy visible y de ciertas dimensiones: perjuicio estético ligero con una puntuación de 4 puntos: 4.382,43 euros, lo que coincide con lo valorado en el informe pericial aportado por el reclamante.

La indemnización total asciende a 4.982,43 €. Y esta cantidad deberá actualizarse al momento de la resolución que finalice el procedimiento, conforme impone el artículo 34.3 de la LRJSP.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede estimar parcialmente la reclamación formulada, por cuanto que el reclamante tuvo que soportar un daño antijurídico y otorgarle una indemnización de 4.982,43 euros, cantidad que deberá actualizarse conforme al artículo 34.3 de la LRJSP.

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 18 de julio de 2024

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 459/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid