



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **24/2020**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 22 de enero de 2020, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 24 de septiembre de 2019 (COMINTER 285618/2019), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **277/19**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Examina el Consejo Jurídico este expediente por segunda vez pues el Dictamen actual trae causa del número 90/19, de 4 de marzo, en el que se acordó requerir la emisión de un informe complementario a la Inspección Médica para que se pronunciara sobre el evacuado a petición de la compañía aseguradora, del que no tuvo conocimiento antes de redactarse la propuesta de resolución al no haberle sido remitido. Como consecuencia, se dan por reproducidos los antecedentes del antedicho Dictamen, a los que únicamente hay que añadir los referentes a las actuaciones posteriores a él.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo demandado por este Consejo Jurídico, mediante escrito de 20 de marzo de 2019 la Instructora del procedimiento se dirigió a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Médica en demanda del informe complementario de esta última sobre el informe pericial aportado por la Compañía aseguradora.

TERCERO.- Mediante Comunicación Interior de 13 de junio de 2019 se remitió el referido informe de la Inspección Médica, evacuado el día anterior. En su conclusión se dice que *"En resumen, como consecuencia del tratamiento recibido (en la intervención Quirúrgica 2) para la exéresis completa del granuloma a cuerpo extraño, D. X ha precisado:*

a. 4 días de hospitalización.

b. 90 días improductivos."

CUARTO.- Por acuerdo de 14 de junio de 2019 se ordenó la apertura de un nuevo trámite de audiencia que fue

notificado al representante del interesado y a la Compañía de seguros mediante sendos escritos de ese mismo día.

QUINTO.- El 16 de julio de 2019 tuvo entrada en el Registro un escrito de alegaciones del representante del interesado en el que venía a mostrar su disconformidad con la propuesta de resolución sometida a Dictamen de este Consejo Jurídico, respecto de la cual decía que "La irrisoria cantidad propuesta carece de fundamentación alguna atendiendo a la edad (50 años) y las circunstancias concretas de este paciente.

Es evidente la existencia de un error quirúrgico consistente en la retención de material quirúrgico consecutivo a una intervención que ha sido resuelto con posterioridad pero tras haber padecido el paciente graves daños y perjuicios (incapacidad temporal + secuelas [granuloma] y la fibrosis derivada. Como consecuencia del granuloma, el paciente sufría mucho dolor lumbar, obligándole a estar polimedicado, tal y como se recogen en el curso clínico de 23/5/2016, de la doctora Y, anestesista).

En aquella consulta, al paciente se le explicaron los riesgos/beneficios de operar el granuloma y la fibrosis. Se le explica la posibilidad de no mejorar tras la intervención. A pesar de ello, decide someterse a la intervención quirúrgica a fin de eliminarlo. El 18 de mayo de 2015 es intervenido quirúrgicamente, siendo alta hospitalaria el día 20 para realización de curas.

Como consecuencia de dicho error quirúrgico, el paciente permaneció incapacitado durante un prolongado período de tiempo (tal y como se recoge en su historial clínico) y hubo de ser reintervenido para su eliminación. Por tanto, el reclamante ha (de) ser indemnizado por la secuela (granuloma), por los días incapacitantes, por la reintervención quirúrgica a la que hubo de someterse, perjuicio estético, daño moral y perjuicio económico implícito".

A continuación cita diversas sentencias sobre casos en los que se habían producido olvidos de material quirúrgico en el cuerpo del paciente, sentencias que citaba en apoyo de su tesis del deber de la Administración sanitaria de indemnizar porque el error cometido en la primera intervención, de la que se derivó el granuloma, le provocó una situación incapacitante hasta el día en que se recuperó de la segunda intervención para eliminarla, considerándola secuela de aquella, así como por el perjuicio estético, económico y el daño moral. Terminaba solicitando la misma cantidad del escrito inicial o subsidiariamente otra cantidad "más ajustada a la situación clínica del paciente"

Ante el silencio de la compañía aseguradora, por acuerdo de 25 de julio de 2019 se le comunicó la apertura de un nuevo trámite de audiencia, sin que conste su comparecencia ni la formulación de alegaciones.

SEXTO.- El día 5 de septiembre de 2019 se formuló una nueva propuesta de resolución parcialmente estimatoria de la reclamación en la que se reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración proponiendo indemnizar al interesado con la cantidad de 5.544,26 €, suma de 287,36 € por 4 días de hospitalización a razón de 71,84 € por cada día, y 5.256,90 € por 90 días improductivos, cantidad que se obtiene de multiplicar 90 por 287,36 € por cada día.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP), vista la fecha de iniciación del procedimiento.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante tiene legitimación para formular la pretensión indemnizatoria objeto del presente procedimiento, por haber sufrido en su persona los daños que imputa al anormal funcionamiento de los servicios sanitarios del SMS, pudiendo ejercer su pretensión indemnizatoria a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP, de aplicación en atención a la fecha en la que ocurrieron los hechos de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Por su parte, la Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse los daños al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC, no hay reparo que oponer, vista la fecha de los hechos y la de presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos. No obstante, como ya advertíamos en nuestro Dictamen número 90/2019, llama la atención la excesiva duración en la tramitación del procedimiento, si bien justo es reconocer la diligencia demostrada en la cumplimentación del requerimiento derivado del mismo.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *"el derecho a la protección de la salud"*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una

persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los razonablemente posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación de éste ha de regirse por la denominada "*lex artis ad hoc*", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03, entre muchos otros, de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la "*lex artis ad hoc*" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta en el caso de que se trate, 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. La "*lex artis*", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *"ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente"*.

Asimismo, la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2011, expresa que *"la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente"*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *"los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida"*.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la "*lex artis*" responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la *praxis* médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la "*lex artis*"; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que reclama indemnización. Acreditación.

I. Al no constar entre los Antecedentes de este Dictamen como se produjeron los hechos por los que se solicita reclamación es conveniente hacer una sucinta referencia a ellos.

La reclamación se presentó para solicitar la indemnización por los daños sufridos por el Sr. X que se sometió a dos intervenciones quirúrgicas. Una practicada en el Servicio de Neurocirugía del Hospital General Universitario "Virgen de la Arrixaca" (HUVA) al que fue derivado desde el Hospital "Santa María del Rosell", en donde había ingresado en septiembre de 2007 con un cuadro de dolor lumbar irradiado a la cara posterior del muslo y pierna hasta la rodilla derecha. El diagnóstico fue de lumbociática con irradiación al miembro inferior derecho de 1 mes de evolución debida a una hernia discal lumbar extruida (emigrada caudalmente). Como existía compromiso radicular a nivel lumbar se optó por el tratamiento quirúrgico de la hernia discal L4-L5 derecha, para lo que fue derivado al HUVA en donde se realizó el 24 de septiembre de 2007 la microdiscectomía. Como quiera que en esta operación se dejó determinado material sanitario (cordón radiopaco de gasas) se produjo una reacción a cuerpo extraño a nivel paravertebral derecho, generando un granuloma para cuya extracción se le practicó una segunda intervención en mayo de 2015, para la que fue ingresado el día 18 de dicho mes siendo alta el siguiente día 20. Esta operación fue realizada por el Servicio de Neurocirugía del HUAC.

La reclamación termina con la petición de una indemnización de 250.000 €, incrementada con los intereses de demora desde la fecha de su interposición. En el apartado octavo de "Hechos", identifica, sin especificar sus cuantías parciales, los componentes del montante indemnizatorio, remitiéndose a título orientativo al sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004 de 24 de octubre, en su actualización para el año 2014, e indicando como tales los siguientes:

"Tabla III. Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.

Secuelas: Granuloma de cuerpo extraño de 18 x 27 x 36 mm en los tejidos blandos paravertebrales adyacentes a la laminectomía derecha en L5.

Radiiculopatía invalidante.

Tabla IV. Factores de corrección.

- Perjuicios económicos 12%.
- Incapacidad parcial.

Tabla V. Indemnizaciones por incapacidad temporal.

1. Días improductivos 17 meses (desde tres/cinco/13 hasta octubre 14) = 30.665,25 €.
2. Factores de corrección del 10%".

Acompañaba a la solicitud diversa documentación acreditativa de la representación con la que obraba y de la asistencia médica prestada.

II.- Durante la tramitación del procedimiento se han ido incorporando diversos informes periciales tenidos en cuenta por la Inspección Médica al evacuar los dos suyos.

El informe del Servicio de Radiología del Hospital San Rafael, de A Coruña, de 22 de mayo de 2014 es indicativo del tipo de afección que padecía el reclamante. En su apartado de juicio electroclínico afirma que "Los datos reseñados son demostrativos de una radiculopatía motora de tipo crónico a nivel L4-L5 derecho, de intensidad severa, sin que se objetiven en la actualidad signos de evolutividad (no registra denervación)". Ese mismo carácter crónico es el que señalaba el informe del Servicio de Neurofisiología clínica del hospital Santa María del Rosell, de 5 de septiembre de 2007, del doctor Z. En él se indica como conclusión que existía una "Radiculopatía crónica

Lumbo-Sacra L4-L5-S1 derecha, con mayor afectación de raíz S.1".

Si la lesión es de tipo crónico, de severa intensidad, se comprende la decisión adoptada en 2007 por el Hospital Santa María del Rosell de derivarlo al Servicio de Neurocirugía del HUVA para que fuera intervenido quirúrgicamente pues, después de tratar inicialmente al paciente, se observó su falta de respuesta al tratamiento pautado. La intervención quirúrgica se produjo el 24 de septiembre de 2007. Se le realizó, según consta en el informe de alta "una microdiscectomía L4-L5 derecha con extracción de fragmento discal foraminal". Según ese mismo informe, tras la operación había desaparecido el dolor ciático derecho pero persistían parestesias en esa extremidad, presentando la herida quirúrgica buen aspecto en el momento del alta, recomendando reposo relativo y reincorporación progresiva a sus actividades habituales en el plazo de dos meses, debiendo ser visto en la consulta externa de neurocirugía a los 3 meses.

El informe del Dr. P, médico adjunto del Servicio de Neurocirugía del HUVA, evacuado el 10 de diciembre de 2014 a solicitud del órgano instructor, hace constar que el paciente había sido intervenido de la hernia discal L4-L5 productor de un cuadro de lumbociática invalidante resistente al tratamiento conservador teniendo una respuesta clínica muy satisfactoria a dicha intervención por lo que pudo ser alta las 48 horas con desaparición del dolor irradiado, y que fue revisado una única vez en febrero de 2008 persistiendo el alivio del dolor irradiado y refiriendo únicamente parestesias en la pierna derecha con dolor episódico localizado en la región lumbar. Se dice en dicho informe que a pesar de que se trata de las secuelas habituales tras una cirugía de este tipo y que no limitaba la actividad ritual del paciente puesto que se había reincorporado a trabajar, se solicitó una prueba de imagen que el paciente no se realizó y que no había sido vuelto a ver en el Servicio de Neurocirugía de dicho hospital.

En el último párrafo de su informe viene a insistir en que por ese carácter crónico en la cirugía que se le practicó en 2007 únicamente se pretendía aliviar la situación del paciente. Allí se puede leer *"La presencia de hernias discales es reflejo de una patología degenerativa subyacente de las articulaciones lumbares, incluido el disco intervertebral. El objetivo de una cirugía de descompresión radicular mediante Microdiscectomía es el alivio de un dolor por radiculopatía comprensiva irradiado a extremidades inferiores, no pretenden en ningún momento la curación del paciente, frenar el proceso degenerativo que asienta sobre el raquis ni la prevención de nuevos episodios de lumbalgia o lumbociática. Por lo tanto, consideramos que la cirugía tuvo un resultado muy satisfactorio, según lo esperable, y que la presencia de un material extraño postquirúrgico no ha tenido consecuencias inmediatas. El deterioro a largo plazo (cinco-seis años después de la cirugía) es algo bien conocido en la literatura médica, en relación con la progresión de la patología degenerativa que asienta sobre el raquis"*.

A la vista de estos y otros informes incorporados al expediente, la Inspección Médica en su primer informe de 7 de diciembre de 2017 reconociendo que tanto el tratamiento quirúrgico como la técnica empleada en la intervención de 2007 fueron adecuados, volvía a hablar de la *"Radiculopatía crónica que padecía el paciente con anterioridad a la intervención quirúrgica 1[...]"*

Lo dicho hasta ahora lleva a concluir que los padecimientos a que se ha visto sometido el reclamante tienen su causa en una afección preexistente a la intervención quirúrgica a que se le sometió en el HUVA en 2007, intervención que, como dice el informe del doctor P no pretendía la curación sino simplemente aliviarle el dolor. Así viene a declararlo el primer informe emitido por la Inspección Médica en su conclusión V al decir "La lesión radicular que previamente existía antes de la intervención quirúrgica 1 y que fue causada por la compresión de las raíces lumbares L4 a S1 por la hernia discal migrada caudalmente [constatada mediante el EMG realizado el día 05/09/2007 (*a)] no mostraba «signos (electromiográficos) de evolutividad» según el estudio neurofisiológico realizado el día 22/05/2014 [previo a la intervención quirúrgica 2 (*b)]". En términos jurídicos, el interesado tenía el deber de soportar ese sufrimiento, máxime cuando, tras la detección de radiculopatía, había recibido en la sanidad pública un tratamiento adecuado para disminuir los efectos de su dolencia por lo que, en definitiva, no procedería

la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, a continuación debemos plantearnos si, aún siendo la causa primaria preexistente, el hecho de que en esa intervención quedara retenido en el interior del cuerpo del paciente un cordón radiopaco de gasa pudo actuar como causa coadyuvante de la situación.

Es evidente que se trató de un error, calificado en el informe de la Inspección Médica como "incidente técnico", error que, en caso de producir daño, lo convertiría en lesión resarcible toda vez que el paciente no tenía el deber jurídico de soportarlo.

Su existencia fue descubierta en 2014 cuando con motivo del dolor lumbar que sufría al reclamante se le realizó una resonancia magnética, el 9 de septiembre de ese año, que describió como hallazgo un "Granuloma de cuerpo extraño de 18x27x36 mm. en los tejidos blandos paravertebrales adyacentes a la laminectomía derecha en L5". Según el mismo informe de la Inspección Médica "El granuloma secundario a cuerpo extraño (debido a la retención del cuerpo extraño de material sanitario en el sitio quirúrgico de la intervención 1 (cordón radiopaco de gasa), ha obligado a la realización de una segunda intervención para la resección de dicho granuloma y la retirada de cuerpo extraño". Que su presencia había causado una reacción tisular paravertebral, es obvio, pero ¿esa reacción pudo estar en el origen de los dolores sufridos por el reclamante? La respuesta negativa a tal pregunta la encontramos en la ya reproducida conclusión V del primer informe de la Inspección Médica, reiterado en el segundo evacuado el 12 de junio de 2019. En ella se comienza afirmando que "La radiculopatía crónica que padecía el paciente con anterioridad a la intervención quirúrgica 1 no se ha visto afectada desde el punto de vista neurofisiológico por la reacción tisular (granuloma a cuerpo extraño)..."

Descartada pues que la presencia del cordón radiopaco de gasa agravara el estado del paciente podría afirmarse que no existe relación de causalidad entre la asistencia prestada al paciente y el daño por el que reclama. Sin embargo, lo cierto es que el "incidente técnico", error, sí ha sido causa directa de la necesidad de una nueva intervención a la que ha tenido que someterse el interesado, constituyendo en sí mismo un daño que una correcta praxis médica no debiera haber provocado. En consecuencia, es esta segunda circunstancia la que nos lleva a reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial para resarcir del daño evidentemente irrogado.

QUINTA.- Sobre la cuantía de la indemnización.

Admitida la existencia de responsabilidad de la Administración la cuestión a dilucidar es el quantum de la indemnización. En este punto hay notables diferencias entre lo solicitado por el reclamante y lo admitido por la Administración.

El primero hace una reclamación de 250.000 €, partiendo de la existencia de dos secuelas. Una, la radiculopatía invalidante hemos visto que es previa a la atención dispensada. La segunda, que valora en 30.665,25 €, estaría constituida por los 17 meses transcurridos en situación de baja laboral por incapacidad temporal desde la reaparición del dolor lumbar pero, como hemos señalado, tampoco puede admitirse porque durante ese período la existencia del granuloma no agravó la radiculopatía crónica que venía padeciendo. Por eso, salvo por la identificación de esas dos secuelas, podíamos decir que la indemnización solicitada lo es "a tanto alzado" porque, aunque se refiere a la aplicación de distintos factores no hace el desglose que le conduce a esa cifra global, tal como se ha reproducido en el apartado I de la Consideración Cuarta.

La Administración, en la primera propuesta de resolución admitía la cantidad de 696,23 €, de los que 287,36 € eran por los 4 días que estuvo hospitalizado cuando se sometió a la segunda intervención quirúrgica, y 408,87 € por 7 días improductivos, los transcurridos desde tal intervención hasta el restablecimiento de la herida quirúrgica. Sin embargo, el criterio ahora sostenido en la nueva propuesta ha variado como consecuencia del segundo informe de la Inspección Médica. Ahora se propone una indemnización de 5.544,26 € cuya composición hemos visto en el Antecedente Sexto, y que se diferencia de la primera en que, además de actualizar las cantidades, ahora se reconocen no 7 sino 90 días improductivos, los transcurridos desde el alta hospitalaria de la segunda intervención hasta que transcurrieron los 3 meses necesarios para su incorporación paulatina a su actividad normal, así expresado en el informe de alta.

La nueva propuesta se considera más ajustada a la realidad de la lesión y a la cantidad solicitada por el interesado al no computar el período anterior a la segunda intervención quirúrgica en el que la existencia del granuloma no puede ser considerada causa de padecimiento físico alguno distinto del originado por su radiculopatía crónica, tal como pretende el reclamante. Igualmente acertado es no atender a la cuantificación del perjuicio estético al no constar en el expediente prueba alguna que así lo acredite.

Sin embargo, no cabe desconocer que el error se produjo y que, aunque el daño moral se invoca de manera muy vaga por el interesado- para cuya demostración no ha hecho esfuerzo probatorio alguno, a lo que estaría obligado por aplicación del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil- y teniendo en cuenta que esa invocación vaga contraría el criterio jurisprudencial de no admitirla en tal caso, como decimos, no obstante entendemos que es de justicia admitir la existencia de un daño moral derivado del desasosiego que la detección del granuloma pudo provocarle, al menos hasta que se tuvo constancia por el análisis de anatomía patológica de su naturaleza. Desde que fue detectado tuvo que debatirse entre someterse a una nueva intervención o no pues cabían las dos posibilidades. Es prueba de ello la anotación que consta en el expediente (reverso del folio número 214) correspondiente a la consulta de 8 de octubre de 2014, en el Servicio de Neurocirugía del HUAC que dice "Se le explican los riesgos/beneficios de operar el granuloma y la discreta fibrosis. Se le explica la posibilidad de no mejorar tras la intervención. Quiere operarse y eliminar el granuloma, tiene mucho dolor lumbar, polimedica. Lista de espera". Así pues, constando el hecho ? incertidumbre del resultado ? del que puede deducirse la consecuencia ? desasosiego, temor, etc. ? puede entenderse probada la inquietud que debió generarle. La prueba de los daños morales via presunciones es admitida por nuestra jurisprudencia una vez probado el hecho que sirve de indicio para entenderlos producidos. Así se desprende de la Sentencia de 24 mayo 2002, de la Sección Sexta del Tribunal Supremo (RJ 2002\5871) que en su fundamento jurídico quinto señala "*D. ¿Con esto estamos diciendo que los daños morales de que habla la sentencia ?esa expresión no se utiliza en ningún momento por el recurrente, pero es claro que al hablar de daño psicológico y de daño social está invocando daños de esta naturaleza? sólo pueden referirse a esas invocadas pero no probadas consecuencias anímicas y a ese pretendido desprestigio. Así las cosas, la única prueba a que podría acudir sería la de presunciones, pero nuestra Sala no dispone de base suficiente para tener por probado, en ninguna de las dos vertientes de este pretendido daño moral, el hecho indicio que permite establecer como probado el hecho presunto del daño moral*"

Por tanto, estima el Consejo Jurídico que la cantidad de la propuesta debería incluir la que tenga por finalidad resarcir de los daños morales causados. Como en otras ocasiones, reconociendo la dificultad de cuantificar ese tipo de daños, este Consejo estima adecuada la cifra de 3.000 € para tal fin, lo que elevaría el montante indemnizatorio a 8.544,26 €, cantidad que deberá ser actualizada por aplicación de lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta en cuanto es parcialmente estimatoria de la reclamación presentada.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización se ha de fijar atendiendo a los criterios expuestos en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

