

Expediente Núm. 100/2012
Dictamen Núm. 148/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 17 de mayo de 2012, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 24 de abril de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de una deficiente asistencia sanitaria.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 30 de septiembre de 2010, tiene entrada en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de la esposa y madre de los reclamantes y que se atribuyen a la deficiente asistencia recibida por la misma en el Hospital “X”.

Refieren que fue intervenida mediante laparoscopia el día 31 de agosto de 2009 en el Hospital “X”, al que había sido derivada por los médicos del

Servicio de Salud del Principado de Asturias tras serle diagnosticada una "hernia de hiato y de vesícula escleroatrófica". En el curso del posoperatorio, el día 17 de septiembre de 2009, se le realiza "una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE), con el diagnóstico de fístula biliar en colédoco". A la vista de ello, "el 24 de septiembre de 2009 se decide su reintervención quirúrgica (...). El día 28 de septiembre de 2009 vuelve a presentar drenaje biliar y dolor abdominal en hipocondrio izquierdo, realizándose un TAC de urgencia y drenaje de unos 500 cc de líquido turbio que se manda a bacteriología y se deja colocado un catéter, siendo trasladada al Hospital 'Y'". En dicho hospital "se la interviene de urgencia por peritonitis biliar generalizada con fuga biliar constante y se le realiza una colangio-yeyunostomía por falta de conducto hepático izquierdo, siendo trasladada después a la UCI por sepsis biliar con shock refractario, para fallecer el 5 de octubre de 2009".

Señalan que "a lo anterior, ya de por sí suficiente para generar la responsabilidad que se demanda (...), debe añadirse que de la historia clínica de la finada (...) no se desprende que se hubiera informado a la misma adecuadamente por escrito (...) de los riesgos, posibles complicaciones y secuelas de la cirugía".

Afirman que "de la relación entre los hechos referidos (...) será menester concluir que las actuaciones médicas y actos que se realizaron a lo largo del proceso asistencial (...) no fueron ajustados a la 'lex artis ad hoc', pues carece de toda explicación y proporción que, tratándose como se trataba de una intervención quirúrgica de bajo índice de morbi-mortalidad y que requiere pocos días de hospitalización, la misma tuviera, como tuvo, un final irremediable, máxime cuando la entonces paciente no presentaba enfermedades de base que influyeran negativamente./ Es decir, que es estadísticamente mínima la posibilidad de que una mujer de 62 años (relativamente joven), sin patologías con influencia negativa, e intervenida por personal con experiencia, hubiese fallecido./ Al hilo de lo anterior (...) debe señalarse que, presentando, como presentaba, la paciente, una vesícula encastrada en el lecho hepático, lo que de por sí ya ponía de manifiesto que se presentaría como muy dificultosa su

resección y separación del lecho hepático, lo más aconsejable no era practicar la intervención mediante laparoscopia, y menos aún si se carece de experiencia, a lo que debe unirse que el seguimiento posterior fue un auténtico descontrol, pues se erró tanto en el diagnóstico de lo que le ocurría a la paciente, como en su tratamiento, ya que deviene igualmente inexplicable que, ante el estado que presentaba, se dilatara tanto la segunda intervención (24 días) y, lo que es igual o más relevante, que se mantuviera la tardanza en la realización de las pruebas encaminadas a descubrir el origen del problema, pese a que se detectó que en el drenaje salía líquido que presentaba todo el aspecto de ser biliar; es decir que la realización de pruebas” (colangio, RM y TC el 11 de septiembre de 2009) “22 días después de dicha primera intervención y la decisión de intervenir para eliminar la fuga de bilis no se hicieron con la celeridad que requería la situación que presentaba quien a la postre falleció; a lo que debe añadirse que así mismo resulta inexplicable la demora en el traslado” al Hospital “Y”, “pese a constatar que el resultado de la segunda intervención tampoco ofrecía el resultado apetecido”. Desde otro punto de vista, los reclamantes fundamentan la antijuridicidad del daño en el dato de que, “al menos, de la documentación que nos fue entregada (...) no se desprende que la paciente hubiese sido informada por escrito adecuadamente sobre las intervenciones a las que fue sometida”.

Solicitan una indemnización por importe total de doscientos sesenta mil euros (260.000 €), de los cuales 230.000 € corresponderían al esposo y viudo, de quien se significa “el grado de incapacidad” que tiene (80%), “pues presenta una amputación de ambas manos”, y los 30.000 € restantes a repartir entre los tres hijos, a razón de 10.000 € cada uno.

Al escrito adjuntan copia de los siguientes documentos: a) Poder general para pleitos, otorgado por los reclamantes a favor, entre otros, de la procuradora que firma la reclamación. b) Certificado de defunción y de última voluntad. c) Certificado de matrimonio. d) Certificados de nacimiento de sus tres hijos. e) Certificado de minusvalía del viudo e informe médico expedido por

la Consejería de Sanidad y Seguridad Social el 8 de noviembre de 1982. f) Historia clínica de la finada.

2. Mediante escrito de 13 de octubre de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica a la representante de los reclamantes la fecha de recepción de su reclamación en el Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Ese mismo día, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios solicita a la Gerencia del Hospital "X" una "copia de la historia clínica", así como un "informe del Servicio implicado (Servicio de Cirugía General) y certificación de la vinculación de los facultativos intervinientes con el Servicio de Salud del Principado de Asturias".

En respuesta a dicho requerimiento, el 4 de noviembre de 2010 el Gerente del Hospital "X" remite al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios una copia de la historia clínica de la perjudicada y una certificación del propio Gerente en la que consta que los facultativos que han intervenido en la asistencia prestada "pertenecen a la plantilla de este hospital y no tienen vinculación alguna con el Servicio de Salud del Principado de Asturias". Asimismo, se envía el informe emitido por el Servicio de Cirugía General, en el que, tras describir la asistencia prestada a la paciente y consignar una serie de consideraciones generales acerca de la coleditiasis y la colecistectomía laparoscópica, se indica que "es posible que a la vista del desarrollo de los acontecimientos se debería haber reconvertido la laparoscopia, valorar cirugía más temprana en el posoperatorio, etc. Pero la realidad es que el cirujano señala que su dificultad de disección fue el lecho hepático y no el triángulo de Calot que es donde se originan las lesiones biliares./ Cuando se observa la salida de bilis a través del drenaje se ponen en marcha los medios de diagnóstico para tratar de evaluar qué importancia podía tener y en las primeras ecografías ni se detectan acúmulos ni existe dilatación de la vía biliar

intrahepática. Es al 11º día posoperatorio en que presenta una ictericia cuando una RNM pone de manifiesto una colección líquida y alteraciones de la vía biliar que sugieren el origen de la fístula./ En este momento se decide tratamiento conservador y se intenta canalizar la vía biliar a través de una endoscopia para la colocación de una prótesis. Cuando falla esta opción se indica tratamiento quirúrgico y se realiza una derivación bilio-digestiva. Estas anastomosis realizadas en un medio séptico tienen un alto porcentaje de dehiscencias. ¿En qué momento se debió trasladar al (Hospital `Y`)? No lo sé, lo que sí sé es que se realizaron todos los pasos adecuados para hacer un diagnóstico de la situación de la paciente, el nivel de su fístula y se pusieron en marcha los tratamientos que creímos adecuados, primero un tratamiento conservador y cuando no dio resultado tratamiento quirúrgico”.

4. De la documentación obrante en el expediente remitido se desprende que, una vez presentada la reclamación, por parte del Servicio de Asuntos Generales del Servicio de Salud del Principado de Asturias se requirió informe acerca de su contenido a la Gerencia de Atención Primaria del Área Sanitaria V; petición que es derivada al Centro de Salud y evacuada por una facultativa del mismo. De este informe y de la historia clínica obrante en dicho centro de salud se desprende que la entonces paciente acudió el día 4 de marzo de 2009 a consulta, desde donde fue derivada a Digestivo, a efectos de “valorar estudio rectorragia”. Debido “a la lista de espera” acudió a consulta ambulatoria al Centro Médico de Asturias, donde el día 25 de marzo de 2009 le fue realizada una “colonoscopia normal, gastroscopia (adjunta informes) y ecografía diag. de hernia hiato y vesícula escleroatrófica, y le indican que debe realizar colecistectomía”. Con este diagnóstico la paciente acude de nuevo al centro de salud, donde el día 22 de mayo de 2009 se genera parte de interconsulta al Hospital “X”, al que acude el 16 de junio de 2009, fecha en la que, según obra al folio 421 del expediente, firma el “consentimiento informado para colecistectomía”.

5. Con fecha 29 de noviembre de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. Tras una breve referencia a la secuencia de hechos desde el ingreso de la paciente -el día 31 de agosto de 2009- en el Servicio de Cirugía General del Hospital "X" hasta su fallecimiento -el día 5 de octubre de 2009- en el Hospital "Y", se hace notar que "los documentos de consentimiento informado relativos a las pruebas diagnósticas invasivas y a las dos intervenciones quirúrgicas practicadas en el Hospital "X" fueron cumplimentados correctamente, e incluían la fístula biliar como riesgo grave poco frecuente". A continuación define la "colecistectomía laparoscópica" como "el patrón de oro para el tratamiento de la coledocistitis sintomática", destacando sus "beneficios evidentes" y llamando la atención sobre el "aumento de ciertas complicaciones (...), específicamente una mayor incidencia de daño biliar que la colecistectomía abierta", que esta técnica implica. A la vista de ello, señala que "de la información examinada se desprende que el Servicio de Cirugía General del Hospital 'X' le practicó a (la perjudicada) una colecistectomía por laparoscopia, describiéndose en el acto quirúrgico una extirpación muy dificultosa de la vesícula. En el posoperatorio inmediato hubo sospecha clínica de una fístula biliar y los estudios diagnósticos practicados resultaron confirmatorios. Se inició tratamiento antibiótico y se intentó una reparación de la lesión vía endoscópica que resultó infructuosa, para, finalmente, realizar la reparación quirúrgica de la misma. El fracaso de esta cirugía obligó al traslado urgente de la paciente al hospital de referencia (...), donde falleció por su situación de sepsis biliar con fracaso multiorgánico./ No se puede afirmar que el tratamiento quirúrgico inicial se apartase de la práctica recomendada, ya que no se aprecian circunstancias que indicaran la transformación de la técnica laparoscópica en laparotomía abierta. Una vez producida la complicación no se ha apreciado error ni demora en su diagnóstico. La indicación del tipo de tratamiento se adecuó a la situación clínica y (a) la evolución de la patología, tanto en su forma conservadora (drenajes, antibioterapia parenteral y CPRE) como quirúrgica (derivación hepático yeyunal). Sin embargo, una vez

diagnosticada la fístula biliar y establecidas su localización y extensión no se optó por trasladar a la paciente de forma inmediata al Servicio de Cirugía General" del Hospital "X", "sino que se procedió a la reparación quirúrgica de la misma en el centro de origen a los 7 días del intento infructuoso de reparación mediante CPRE. La literatura científica actual recomienda de forma unánime que las lesiones iatrogénicas de la vía biliar deben ser reparadas por cirujanos expertos a fin de evitar complicaciones y asegurar los mejores resultados, ya que el éxito de la cirugía reparadora disminuye cuando no se realiza en una unidad de cirugía hepatobiliar, e incluso en manos de cirujanos expertos tras intentos previos de reparación. Más aún, se recomienda que el traslado al hospital de referencia debería realizarse en un plazo no superior a las 72 horas desde el diagnóstico./ Aunque no es posible establecer una relación directa de causalidad o nexo causal entre la asistencia médica prestada y las complicaciones surgidas con evolución desfavorable y desenlace final fatal, no se puede afirmar que se emplearon todos los medios disponibles en ese momento para tratar a la paciente, como hubiera sido el traslado precoz a un centro de referencia donde hubiera podido ser atendida por un Servicio con mayor experiencia en cirugía hepatobiliar. En conclusión, no es posible asegurar que la naturaleza del daño descrito pueda atribuirse a las decisiones médico-quirúrgicas tomadas, pero estas se apartaron de la práctica médica recomendable. Tampoco se puede garantizar que si se hubieran utilizado todos los medios disponibles el resultado hubiera sido distinto, pero no se puede obviar que de haber sido realizada la reparación de la fístula biliar en un centro de referencia cabe la posibilidad de que el resultado final hubiera sido diferente./ Las lesiones iatrogénicas de la vía biliar tras la cirugía laparoscópica están descritas en todas las series publicadas a nivel mundial, y se consideran un riesgo poco frecuente pero grave tras este tipo de intervenciones. Se ha constatado que los documentos de consentimiento informado que recibió y aceptó (...) las incluían y describían como tales. No se puede afirmar por tanto que haya habido defecto de información por parte de los facultativos del Servicio de Cirugía General del Hospital `X` en este caso". En coherencia con lo

razonado, concluye que la perjudicada “presentó una fístula biliar como consecuencia de una colecistectomía laparoscópica. La reparación de la misma fue practicada por el mismo Servicio que la originó y fue infructuosa con resultado final de exitus por fístula persistente y sepsis biliar. No se derivó a la paciente en primera instancia y de manera precoz a un equipo con experiencia hepatobiliar. Aunque no es posible establecer una relación directa causal entre el daño sufrido por la paciente y la asistencia prestada, esta última no se ajustó a la *lex artis*, y no se puede descartar que el resultado hubiera sido distinto de haber actuado conforme a ella./ La reclamación formulada se considera pertinente y se propone estimar la misma, independientemente de la cuantía, que se fijará en un momento posterior del procedimiento administrativo”.

6. Mediante escritos de 21 de diciembre de 2010, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

7. El día 18 de enero de 2011, el Servicio instructor remite a la Gerencia del Hospital “X” una copia del informe técnico de evaluación, concediéndole un plazo de diez días para formular alegaciones.

8. Con fecha 5 de abril de 2011, el Servicio instructor solicita a la Gerencia del Hospital “Y” la historia clínica de la perjudicada, “obrante en ese centro desde el 28 de septiembre de 2009 (Sº de Cirugía Hepática)”, de conformidad con lo “acordado en la reunión de la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil, celebrada el día 23 de marzo de 2011, y al objeto de informar el expediente de responsabilidad patrimonial”.

Recibido el historial clínico reclamado, el día 18 de abril de 2011 es remitido a la correduría de seguros.

9. Mediante escrito de 5 de octubre de 2011, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de

Prestaciones y Servicios Sanitarios una copia del expediente administrativo, al objeto de su remisión al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias que admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los reclamantes contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la presente reclamación.

Este requerimiento es atendido por el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios el 4 de noviembre de 2011.

10. El día 6 de marzo de 2012, se notifica a la Gerencia del Hospital "X" la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

11. Con fecha 16 de marzo de 2012, se notifica a la representante de los reclamantes la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 2 de abril de 2012, la representante de los interesados presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que se reafirma sustancialmente en los términos expuestos en su reclamación, guardando silencio respecto a la inicialmente denunciada falta de consentimiento informado. En este acto se adjunta al procedimiento una copia del dictamen pericial elaborado a instancia de los reclamantes por un especialista en Cirugía General del Aparato Digestivo, cuyo original se halla incorporado al recurso contencioso-administrativo que se sigue ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias y que, a juicio de los interesados, demostraría "lo inadecuado, al caso concreto, de la técnica quirúrgica empleada, la fuga biliar referida, cuyo origen tuvo que ser necesariamente producido en el acto de la intervención, la demora en la práctica de las pruebas para detectar el problema y su causa y la igualmente dilación en la decisión de intervenir para eliminar la referida fuga de bilis y la no menor irresponsabilidad de no derivar a tiempo a la paciente a un centro hospitalario especializado".

12. El día 9 de abril de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación formulada, reconociendo el derecho de los interesados a ser indemnizados por el fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente, en la cantidad total de 153.255,87 €.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de abril de 2012, registrado de entrada el día 30 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), están los interesados activamente legitimados para formular, en su propio nombre y derecho, reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera

jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

En cuanto a la legitimación pasiva del Principado de Asturias, reiterando la doctrina formulada en anteriores dictámenes, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado, en virtud de concierto, por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud; siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda. En este supuesto cabe deducir que la atención prestada a la reclamante en el centro hospitalario privado lo ha sido en tanto que beneficiaria del sistema sanitario público, y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido. Por ello, a la vista del escrito presentado por los reclamantes, resulta correcta la tramitación del oportuno procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido 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”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 30 de septiembre de 2010, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento de la perjudicada- el día 5 de octubre de 2009, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Ahora bien, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

Sin embargo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “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”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable

económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Pretenden los reclamantes el resarcimiento del daño derivado del fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente, y que atribuyen, con apoyo en un dictamen pericial que aportan al expediente en el trámite de audiencia, a una "lesión iatrogénica de la vía biliar" producida en el curso de una intervención quirúrgica de "colecistectomía laparoscópica" pautada para el tratamiento de la hernia hiatal y la coledocitis que le habían sido diagnosticadas.

Debemos hacer notar que si bien en su escrito inicial los reclamantes añadían a lo anterior la falta de consentimiento informado sobre las intervenciones a las que fue sometida la paciente, la documentación incorporada al expediente ha permitido acreditar la existencia de tales documentos. De hecho, en sus alegaciones en el trámite de audiencia los interesados ya no fundamentan su pretensión en este concreto aspecto.

En cualquier caso, no existiendo duda respecto al hecho dañoso por el que se reclama -la muerte de la paciente-, ni sobre su causa inmediata -"shock séptico refractario, secundario a fístula biliar"-, hemos de presumir la realidad del daño moral infligido a los reclamantes, dada su condición de esposo e hijos de la difunta.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que los interesados no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la

curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el supuesto concreto que analizamos, la propia Administración sanitaria reconoce la existencia de una infracción de la *lex artis*. Este reconocimiento es explícito en las conclusiones del informe técnico de evaluación, a cuyo texto nos remitimos. La propuesta de resolución sometida a nuestra consideración avala la conclusión anterior, toda vez que su fundamento de derecho segundo, que se convierte en motivación del carácter estimatorio de la reclamación presentada, no constituye sino una reproducción en extracto de

la valoración de aquel informe que concluyó constatando esa infracción a la *lex artis* médica. El informe pericial incorporado al procedimiento por los reclamantes en el trámite de audiencia también refuerza la conclusión anterior.

Así las cosas, la cuestión nuclear se circunscribe a determinar la posible relación causal entre la infracción constatada y el resultado producido, aspecto sobre el que la documentación obrante en el expediente no nos permite alcanzar el deseable grado de certeza. A este respecto, en el reiterado informe técnico de evaluación y en la propuesta de resolución se consigna, en unos términos que ahora entendemos necesario reproducir, que “no es posible asegurar que la naturaleza del daño descrito pueda atribuirse a las decisiones médico-quirúrgicas tomadas, pero estas se apartaron de la práctica médica recomendable. Tampoco se puede garantizar que si se hubieran utilizado todos los medios disponibles el resultado hubiera sido distinto, pero no se puede obviar que de haber sido realizada la reparación de la fístula biliar en un centro de referencia, cabe la posibilidad de que el resultado final hubiera sido diferente”.

Planteado el tema en estos términos, la respuesta de este Consejo a la capital cuestión ahora examinada -relación entre la infracción constatada y reconocida por la propia Administración sanitaria y el fatal desenlace producido- solo puede obtenerse (con base en la documentación obrante en el expediente) de forma indiciaria, en términos de verosimilitud o probabilidad determinante. Así, acudiendo de nuevo al informe técnico de evaluación, se señala en él que “una vez diagnosticada la fístula biliar y establecida su localización y extensión, no se optó por trasladar a la paciente de forma inmediata al Servicio de Cirugía General” del Hospital “Y”, “sino que se procedió a la reparación quirúrgica de la misma en el centro de origen a los 7 días del intento infructuoso de reparación mediante CPRE. La literatura científica actual recomienda de forma unánime que las lesiones iatrogénicas de la vía biliar deben ser reparadas por cirujanos expertos a fin de evitar complicaciones y asegurar los mejores resultados, ya que el éxito de la cirugía reparadora disminuye cuando no se realiza en una unidad de cirugía hepatobiliar, e incluso en manos de cirujanos expertos tras

intentos previos de reparación. Más aún, se recomienda que el traslado al hospital de referencia debería realizarse en un plazo no superior a las 72 horas desde el diagnóstico”.

Es decir, la propia Administración sanitaria frente a la que se reclama, con base en el reconocimiento anterior, nos da indicios para concluir que ante la infracción habida era de esperar y de prever en un curso normal de los acontecimientos el resultado producido. Por otra parte, así lo entiende la propia Administración en la propuesta de resolución, que considera procedente indemnizar a los reclamantes, conforme al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados en accidentes de circulación, en los importes que corresponderían a un fallecimiento causado por su actuación.

Con ello, la propuesta de resolución viene a despejar la incógnita, no resuelta previamente de forma expresa, sobre el grado de probabilidad al que alude cuando reitera el informe técnico de evaluación y señala que “no es posible asegurar que la naturaleza del daño descrito pueda atribuirse a las decisiones médico-quirúrgicas tomadas (...), pero no se puede obviar que de haber sido realizada la reparación de la fístula biliar en un centro de referencia, cabe la posibilidad de que el resultado final hubiera sido diferente”.

En definitiva, lo expuesto nos aboca a la conclusión de que se incumplió la *lex artis ad hoc* y de que existe relación de causalidad entre dicho incumplimiento y el fallecimiento de la paciente.

SÉPTIMA.- Establecida la relación causal, resta nuestro pronunciamiento sobre la cuantía de la indemnización. En orden a su cálculo, no parece inapropiado valerse, tal como hacen los reclamantes y asume la Administración reclamada, del baremo establecido al efecto en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), que, si bien no resulta de aplicación obligatoria, viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario y orientativo, a falta de otros criterios objetivos.

Consideramos que la indemnización se ha de fijar (siguiendo las cuantías actualizadas a 2012 del baremo de accidentes de circulación, aprobadas por Resolución de 24 de enero de 2012 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones) en atención a los siguientes conceptos: al cónyuge, en concepto de indemnización básica por muerte, 111.459 €, y a cada uno de los tres hijos, por el mismo concepto, y al ser todos ellos mayores de veinticinco años, 9.288 €, lo que supone para el conjunto de los tres hijos 27.864 €. Por tanto, el concepto de indemnización básica por muerte se elevaría a la cantidad total de 139.323 €.

A diferencia de lo consignado en la propuesta de resolución, no estimamos necesario que sobre las cantidades a percibir por cada uno de los hijos, al ser todos mayores de veinticinco años y con vida independiente, proceda la aplicación de índice corrector alguno. Igualmente, no apreciamos razonados ni justificados perjuicios económicos soportados por el cónyuge viudo, por lo que no resulta procedente la aplicación de un factor de corrección por tal concepto sobre la indemnización básica por muerte a su favor.

Sin embargo, en el caso del cónyuge de la fallecida, y habida cuenta del grado de disminución de su capacidad orgánica y funcional del 80% como consecuencia de la amputación de ambas manos, tal y como consta acreditado en el expediente con la copia del certificado de minusvalía de fecha 13 de diciembre de 1989, el total de la indemnización básica por muerte que le correspondería (111.459 €) deberá ser incrementada en un porcentaje del 75% de dicha cantidad, resultando con ello una indemnización a su favor por importe de 195.053 €, salvo que la Administración sanitaria, realizando los actos de instrucción necesarios al efecto, constatará la no concurrencia en la actualidad de una acusada discapacidad física susceptible de generar unos perjuicios excepcionales para el cónyuge que la padece por el fallecimiento de su esposa.

En suma, consideramos procedente una indemnización total por importe de 222.917 € a abonar por la Administración, sin perjuicio de la repetición de los costes, a los que debe hacer frente el titular del centro directamente causante de los daños, por el procedimiento legal que corresponda.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos que hemos dejado expresados.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.