

Expediente Núm. 282/2018  
Dictamen Núm. 108/2019

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Menéndez Sebastián, Eva María*  
*García García, Dorinda*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de abril de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 19 de octubre de 2018 -registrada de entrada el día 30 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios que atribuye a una intervención quirúrgica para el tratamiento de una hernia umbilical y epigástrica.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 9 de febrero de 2018, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia recibida en el servicio público sanitario a lo largo del episodio clínico que relata.

Expone que, sin otros antecedentes destacables que una cirugía de hernia inguinal realizada hace 15 años, el día 19 de noviembre de 2015, con los diagnósticos de hernia umbilical y hernia epigástrica, fue intervenido en el Hospital "X", donde se le realizó un hernioplastia con colocación de malla. Señala que en el curso del posoperatorio, el 25 de noviembre, ingresa en el Servicio de Urgencias del Hospital "Y", donde tras serle diagnosticada una infección de la herida quirúrgica es dado de alta ese mismo día y remitido a consulta de Cirugía.

Manifiesta que el día 26 de enero de 2016, debido a una recidiva, es incluido en lista de espera quirúrgica para una nueva operación, en concreto una eventración epigástrica de 10 x 10 cm mediante eventroplastia, reseñando que durante la espera precisa nuevas asistencias; así, el 8 de abril de 2016 es visto en el Servicio de Urgencias de la Fundación Hospital "Z" con relación a dolor abdominal; el 16 de junio de 2016 acude al Servicio de Urgencias del Hospital "Y", también por dolor abdominal, y el 30 de agosto de 2016 vuelve al Servicio de Urgencias del Hospital "Y", en este caso por fractura del quinto metacarpiano de la mano derecha, siendo remitido al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital "V". Finalmente, es intervenido el 17 de octubre de 2016 en el Servicio de Cirugía del Hospital "Y" de una eventración de 15 x 15 cm, realizándosele una eventroplastia.

Reseña que permaneció en situación de incapacidad laboral desde el 19 de noviembre de 2015 hasta el alta emitida por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, el 13 de febrero de 2017.

Indica que al término del proceso asistencial descrito persisten secuelas que concreta en la infección quirúrgica que siguió a la primera operación, así como en el fracaso de esta primera cirugía con colocación de malla y la posterior eventración que se incrementa por lo prolongado del tiempo en lista de espera quirúrgica. Razona al efecto que, "si bien resulta especulativo, es lógico un mejor pronóstico de la intervención realizada en segundo lugar, la de la eventración, en caso de haberse realizado precozmente, cuando se estableció un tamaño de 10 x 10 cm en vez de 15 x 15 cm que resultó casi un año

después de producirse la infección de la herida quirúrgica y el subsiguiente fracaso de la malla”.

Solicita una indemnización total de setenta y cinco mil seiscientos cuarenta y siete euros con trece céntimos (75.647,13 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 446 días improductivos, 26.050,86 €; 15 puntos de secuelas (hernia epigástrica), 15.041,85 €; 6 puntos de perjuicio estético ligero, 4.793,28 €; perjuicio económico que resulta de aplicar un 10 % a la suma de los anteriores conceptos, 4.588,60 €; incapacidad permanente parcial, 19.172,54 €, y daño moral, 6.000 €.

**2.** A solicitud del Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, se incorpora al expediente una copia de la historia clínica del episodio cuestionado proporcionada por la Gerencia del Hospital “X” y la Gerencia del Área Sanitaria V.

En el escrito de la Gerencia del Hospital “X” se pone de relieve que la primera intervención realizada al paciente en ese centro lo fue por derivación, dentro del concierto singular de asistencia sanitaria que el mismo mantiene con el Servicio de Salud del Principado de Asturias, siendo atendido por médicos pertenecientes a dicho Servicio.

**3.** El día 14 de marzo de 2018, el Jefe del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital “Y” emite informe en el que indica que el enfermo fue intervenido en el Hospital “X” “el día 19 de noviembre de 2015 por hernia umbilical y hernia epigástrica, realizándose hernioplastia con colocación de malla. En el posoperatorio presentó infección de dichas hernioplastias./ Es visto en consulta el 26 de enero de 2016 con una recidiva de un tamaño aproximado de 10 x 10 cm, siendo incluido en lista de espera para intervención quirúrgica programada./ Es intervenido el 17 de octubre de 2016, encontrándose hernia de pared abdominal de un tamaño aproximado de 15 x 15 cm, realizándose una reparación con colocación de malla./ Ha sido revisado en consulta los días 15

de noviembre de 2016 y 1 de febrero de 2017 sin presentar complicaciones ni recidivas de la hernia. Está pendiente de nueva revisión programada”.

En cuanto a las complicaciones de la primera intervención, señala que “la presencia de una infección y posterior recidiva de la hernia son complicaciones que pueden ocurrir, en un pequeño porcentaje, de cualquier cirugía, especialmente cuando se coloca un material protésico./ Respecto al tamaño de cualquier defecto herniario, no tiene por qué corresponderse con exactitud el que se presume en una exploración física con el real (...) que se objetiva en la cirugía, tanto en sentido de aumento como de disminución, y de hecho no suelen coincidir casi nunca./ Es obvio que un defecto herniario puede aumentar con el tiempo, pero no ocurre de forma exponencial e indefinida, lo que sí suele ocurrir es que más que el defecto herniario lo que aumente sea su contenido”.

Por último, subraya que “el resultado final del proceso, suponiendo como parece va a finalizar sin más incidencias en cuanto a recuperación completa del enfermo, no va a estar influenciado por una teórica diferencia de 5 cm en el tamaño del defecto herniario, sino por (el) tipo de cirugía que requiere la reparación de un defecto de la pared abdominal”.

**4.** El día 10 de julio de 2018, se incorpora al expediente un informe médico-pericial emitido por dos licenciadas en Medicina y Cirugía a instancia de la entidad aseguradora. En él afirman que “en la reclamación el paciente alega fracaso de la cirugía, infección posquirúrgica y retraso en la realización de la segunda cirugía encaminada a reparar la recidiva./ Las complicaciones posquirúrgicas que ha presentado el paciente (infección y recidiva) se encuentran contempladas en el consentimiento informado previo a la primera cirugía./ El tiempo transcurrido entre la primera y la segunda cirugía (11 meses) tras ser incluido en lista de espera no supone un peor resultado quirúrgico por aumento del orificio herniario./ En el caso que nos ocupa, y en vista de la documentación clínica aportada al proceso asistencial, no ha presentado complicaciones hasta el momento de la elaboración de este informe”.

En estas condiciones, concluyen que “no ha existido mala praxis en el proceso asistencial./ Por ello, la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*, y por lo tanto correspondería desestimar la reclamación”.

**5.** Mediante escrito notificado al interesado el 26 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

No consta que se hayan presentado alegaciones en este trámite.

**6.** El día 19 de septiembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que “la asistencia prestada al paciente fue acorde a la *lex artis*. Las complicaciones surgidas (infección posquirúrgica y recidiva herniaria) constituyeron la materialización de riesgos típicos de este tipo de intervenciones descritos en el documento del consentimiento informado que el paciente conocía y asumió al suscribir dicho documento. La lista de espera es consustancial al servicio público sanitario, no existiendo constancia de que la lista de espera estuviera mal gestionada, que sea de duración exagerada, ni que hayan existido errores en la clasificación de la prioridad. El tiempo transcurrido entre la primera y la segunda cirugía (11 meses) no supone un peor resultado por aumento de orificio herniario”.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de octubre de 2018, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según 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, de conformidad con 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 9 de febrero de 2018, y, si bien en la misma se cuestiona la praxis médica seguida en el episodio clínico que se inicia con la intervención quirúrgica practicada el 19 de noviembre de 2015, consta acreditado en el expediente que el interesado permaneció en situación de baja hasta que se le emitió alta médica por Resolución de la

Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de febrero de 2017. En consecuencia, tomando como referencia esta última fecha, es claro que la reclamación ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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.

Sin embargo, 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

**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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo 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.-** En la presente reclamación el interesado, diagnosticado de hernia umbilical y hernia epigástrica, es intervenido el día 19 de noviembre de 2015 realizándosele una hernioplastia con colocación de malla. En el posoperatorio se constató la existencia de una infección en la herida quirúrgica y, tras una revisión en enero de 2016 y debido a una recidiva, es incluido de nuevo en lista de espera, pendiente de una eventración epigástrica que se realizaría

finalmente el 17 de octubre de 2016.

El perjudicado reprocha a la Administración sanitaria frente a la que reclama una incorrecta praxis médica en la primera operación a la que fue sometido el 19 de noviembre de 2015, que provocó la infección de la herida quirúrgica objetivada y un fracaso de la malla. Denuncia igualmente que el excesivo tiempo transcurrido entre la constatación de la recidiva y la práctica de la segunda intervención habría provocado un aumento en el orificio herniario.

La secuencia del proceso asistencial sobre el que fundamenta su reclamación, en los términos por él relatados, no resulta controvertida.

En estas condiciones, la realidad del daño alegado, entendiendo por tal el hecho de que el paciente después de la primera intervención quirúrgica se viera en la necesidad, a la vista de la mala evolución que presentaba, de ser sometido a una nueva operación, resulta evidente a tenor de la documentación que obra incorporada al expediente, por lo que, dejando ahora al margen la cuantificación o valoración económica que, en su caso, deba efectuarse, podemos dar por acreditada la realidad de un daño físico efectivo que reúne los elementos necesarios para justificar la pretensión de responsabilidad patrimonial.

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 el interesado no tuviera 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 el reclamante 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.

A los expresados efectos nos encontramos con que los dos reproches sobre los que el perjudicado hace descansar toda su reclamación, esto es, que la infección de la herida quirúrgica que siguió a la primera de las operaciones a las que fue sometido "no es necesaria ni deseable en el curso evolutivo de intervención quirúrgica alguna" y que el excesivo tiempo transcurrido hasta que le fue realizada la segunda habría supuesto un "empeoramiento objetivo en su situación clínica" al haber provocado un aumento de su defecto herniario, aparecen desprovistos de la más elemental carga probatoria en forma de dictamen médico-pericial que los avale en orden a que los mismos puedan ser conceptuados como una infracción a la *lex artis* en la asistencia prestada al paciente.

Tal modo de proceder, que -como hemos advertido en casos similares- supone construir la reclamación en vía administrativa con base en vagas imputaciones que solamente serían concretadas y probadas, en su caso, ante ulteriores instancias, resulta cuando menos reprobable en cuanto que implica privar tanto a la Administración frente a la que se reclama como a este Consejo de un análisis completo de las cuestiones que suscita la acción de responsabilidad. En las condiciones expuestas, esta total indeterminación y carencia absoluta de elemento probatorio alguno en orden al establecimiento del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario resulta de por sí suficiente para concluir que en el presente caso no se ha acreditado la relación de causalidad, cuya existencia resulta inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

A mayor abundamiento, a la vista de los diferentes informes incorporados al expediente, tanto el elaborado por el servicio afectado como el emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, únicos soportes probatorios puestos a disposición de este Consejo Consultivo y sobre los cuales ha de formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada, coinciden en considerar como acorde a este parámetro la asistencia sanitaria recibida por el paciente a lo largo de todo el proceso.

En efecto, comenzando por la infección de la herida quirúrgica constatada tras la primera intervención en relación con el fallo de la malla, según informan el servicio afectado y las facultativas de la compañía aseguradora, en ambos casos se trata de complicaciones que, como tales, figuran en el consentimiento informado previo firmado por el paciente. Así, en el documento de "consentimiento informado para cirugía abierta de la hernia" firmado por el ahora reclamante el 27 de mayo de 2015, y que él mismo acompaña al escrito de reclamación, aparecen descritos, como "riesgos generales y específicos del procedimiento", entre otros, la "infección" -conceptuada como "riesgo poco grave y frecuente"- y el "rechazo de la malla" -calificada en este caso como "riesgo poco frecuente y grave"- . En consecuencia,

con respecto al primero de los reproches sobre los que el perjudicado fundamenta su reclamación, este Consejo no puede sino concluir que el daño alegado no guarda relación con una mala práctica médica, sino que se trata de la desgraciada materialización de parte de los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica a la que fue sometido y encuadrables en los recogidos en el documento de consentimiento informado suscrito por él, por lo que no resulta antijurídico.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la hipotética incidencia, en forma de peor pronóstico y posterior secuela, que el aumento de 5 centímetros del defecto herniario haya podido suponer en el tiempo transcurrido entre el 26 de enero de 2016, día en que el paciente fue incluido en lista de espera quirúrgica para la realización de la segunda operación, y su efectiva realización el 17 de octubre de 2016, como de manera coincidente se informa por el servicio afectado y las facultativas de la compañía aseguradora, a falta de documento pericial de contraste del interesado que los rebata, el tamaño del defecto herniario no determina, en ningún caso, un peor resultado quirúrgico. Corrobora en cierto modo esta aseveración el Jefe del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital "Y", al señalar en su informe que con posterioridad a la segunda intervención el paciente "ha sido revisado en consulta los días 15 de noviembre de 2016 y 1 de febrero de 2017 sin presentar complicaciones ni recidivas de la hernia". Por lo demás, y si como se supone en este mismo informe -siempre a expensas de la última de las revisiones programadas- el proceso "va a finalizar sin más incidencias en cuanto a recuperación completa del enfermo", es lógico concluir que esos casi nueve meses de espera quirúrgica no han supuesto, como conjetura el reclamante, un "empeoramiento objetivo en su situación clínica".

A la vista de lo anterior, no podemos apreciar la concurrencia de infracción alguna a la *lex artis ad hoc* a lo largo de la asistencia que le fue prestada al paciente por el servicio público sanitario, por lo que la reclamación debe ser desestimada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada, y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por .....

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º  
LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.