

Expediente Núm. 136/2019
Dictamen Núm. 190/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretaria:
de Vera Estrada, Paz,
Letrada Adjunta a la Secretaría General

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 30 de julio 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 31 de mayo de 2019 -registrada de entrada el día 6 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del olvido de material quirúrgico en su abdomen tras una intervención.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 9 de julio de 2018, una procuradora, en nombre y representación de la interesada, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos tras una intervención quirúrgica en un hospital público.

Expone que ingresa en el Hospital para la finalización de su gestación por cesárea y que el 24 de enero de 2018 se procede a inducirle el parto, que tiene lugar por indicación médica al día siguiente. Pese a que la operación cursó “aparentemente sin complicaciones”, la persistencia de determinados síntomas (taquicardia, hemoglobina en descenso) motiva la realización de una laparotomía exploradora, “apreciándose coágulos en cavidad abdominal, que se retiran, y una dehiscencia de histerorrafia”, que se sutura.

Manifiesta que la aparición de nueva sintomatología el séptimo día tras esta segunda operación motiva la realización de una “Rx de abdomen en la que se aprecia material quirúrgico (densidad metálica) intraabdominal”, confirmando la laparotomía exploradora realizada el hallazgo de “separador maleable en cara posterior-fondo uterino”, que se extrae, precisando que fue dada de alta el 8 de febrero de 2018.

Considera que lo sucedido “implica negligencia” y la consecuente responsabilidad, pues el olvido de material “supuso el sometimiento de la paciente a una nueva intervención con el fin exclusivo de corregir el error”.

Señala como daños y perjuicios padecidos la “estancia hospitalaria de 16 días (...), daño estético por una laparotomía innecesaria (...), daños morales y económicos de diversa índole” y el “miedo ante un próximo embarazo y situación de riesgo”, que califica como “daño más grave sufrido”, y solicita una indemnización cuyo importe asciende a treinta mil euros (30.000 €).

Aporta diversa documentación, entre la que se encuentra el poder para pleitos otorgado a favor de la procuradora que actúa en su nombre e informes médicos relativos a la asistencia recibida.

2. Mediante escrito de 25 de julio de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la representante de la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento

con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. A requerimiento del Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el 23 de agosto de 2018 el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica de la paciente y los informes emitidos por el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital y por la Supervisora de Quirófano.

4. El día 1 de octubre de 2018, la compañía aseguradora de la Administración emite un informe en el que se concluye que “se produjo un error o negligencia médica con el olvido de material quirúrgico en el abdomen de la paciente durante la segunda intervención./ Por ello, la actuación no habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, correspondería estimar la reclamación”.

5. El día 28 de marzo de 2019, una especialista en Medicina Interna emite un informe de valoración del daño corporal a instancia de la compañía aseguradora en el que cuantifica el daño sufrido en tres mil treinta y tres euros con sesenta y dos céntimos (3.033,62 €).

6. Mediante oficio notificado a la reclamante el 24 de abril de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 13 de mayo de 2019, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta su disconformidad con la valoración efectuada.

7. El día 20 de mayo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido

parcialmente estimatorio con base en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento, y asume la cuantía de 3.033,62 € propuesta en el informe de valoración.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 31 de mayo de 2019, 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 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular 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 5 de la Ley 39/2015, de 1

de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

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 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 julio de 2018, habiendo sido dada de alta la paciente tras el ingreso hospitalario que motiva los hechos que dan origen a la misma el día 8 de febrero de 2018 (folio 3 de la historia clínica), por lo que es claro que 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 del servicio afectado, 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 Ley 39/2015.

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”.

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, 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; requisitos cuya exigencia constituye “doctrina jurisprudencial reiteradísima” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1997-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por una paciente que atribuye a una negligencia médica el padecimiento de diversos daños y perjuicios de índole física, moral y material, cuya concreción realizaremos en la consideración séptima.

Resulta acreditado en el expediente que tras la realización de una cesárea la paciente debió someterse a una nueva cirugía para reparar las complicaciones surgidas (en concreto, dehiscencia de histerorrafia y desgarro de la arteria uterina); con ocasión de la misma se produjo el olvido de material quirúrgico (un separador abdominal) en el interior del cuerpo, requiriendo su extracción una tercera intervención.

En el caso que nos ocupa la Administración reconoce el error ocurrido, cuyo origen tratan de explicar los informes emitidos con ocasión de la instrucción del procedimiento. Así, en el informe del Servicio interviniente consta que durante la segunda intervención -llevada a cabo para reparar la dehiscencia de la histerorrafia y el desgarro de la pared y de la arteria uterina izquierda- "en algún momento se solicitó un separador por parte del equipo de Ginecología a fin de ampliar el campo, proporcionándoles la enfermera instrumentista un separador maleable tipo Athos (de uso no habitual por nuestro Servicio, pero de probada eficacia en la separación de asas intestinales en el campo quirúrgico pélvico) que se introdujo en el abdomen de la paciente. Tras la reparación de las lesiones uterinas (...) se avisa al equipo de Cirugía General de guardia para revisión de la cavidad abdominal, sin hallarse signos de lesiones en las mismas. El equipo de Ginecología procedió a revisar nuevamente la cavidad abdominal y se realizó un contaje de compresas que se informa como correcto. Desafortunadamente no se contó como material introducido en el abdomen el separador maleable que, probablemente, en el momento de la primera revisión del abdomen se desplazó quedando oculto al equipo quirúrgico". Añade "como nota subjetiva" que "la situación en la segunda intervención es de enorme estrés para todo el equipo quirúrgico dado el sangrado activo por un vaso,

la arteria uterina, con un caudal sanguíneo notablemente aumentado en la situación de puerperio inmediato. Ello unido a la utilización de un material quirúrgico no habitual y la intervención, aun momentánea, de un segundo equipo quirúrgico pudo propiciar el error médico y de enfermería de olvidar en el interior del abdomen de la paciente el separador maleable”.

Por su parte, la Supervisora de Quirófano informa que “al dar por finalizada la intervención las enfermeras realizan el contaje de compresas + instrumental (...) sin caer en la cuenta de que el cirujano había utilizado un separador tipo Dash desechable (separador forrado de tejido s/tejer) que al estar en contacto con la sangre es bastante fácil de pasar desapercibido./ Al no percatarse de la ausencia de dicho separador proceden al cierre de la herida quirúrgica quedando por tanto por dentro de la cavidad abdominal”.

Por su parte, las especialistas que informan a instancias de la compañía aseguradora afirman que, si bien la indicación de cesárea “siguió protocolos” de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia y “la aparición de una complicación en el posoperatorio inmediato como es la rotura uterina está contemplada en el consentimiento informado”, la negligencia médica es obvia. Razonan que, pese a que “en la hoja quirúrgica de la segunda intervención consta que se realizó el *check-list* siguiendo el protocolo para evitar el olvido de material quirúrgico en el cuerpo del paciente durante la intervención”, el error tuvo lugar “quizá debido a la complicación y urgencia vital de la intervención con la participación de diferentes equipos de facultativos”.

De lo anterior se desprende sin dificultad que resulta acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento anormal del servicio público sanitario, consistente en el olvido de instrumental quirúrgico en el interior de la paciente, y el daño producido, cuyo resultado perjudicial no debe soportar la reclamante.

SÉPTIMA.- Sentado lo anterior, procede determinar la cuantía indemnizatoria resultante; aspecto en el que discrepan las partes debido a la divergencia que

mantienen respecto a la existencia y alcance de algunos conceptos indemnizatorios solicitados.

La interesada indica que cuantifica su reclamación “conforme al prudente arbitrio y casuística jurisprudencial existente al respecto, no tomando en consideración el baremo previsto para accidentes de circulación (Ley 35/2015), dado su carácter orientativo, no vinculante, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes”. En particular, distingue entre el perjuicio derivado de la “estancia hospitalaria de 16 días”, el “daño estético por una laparotomía innecesaria” y los “daños morales y económicos de diversa índole”.

Por su parte, la propuesta de resolución asume la valoración efectuada por la compañía aseguradora que, a su vez, se ajusta al dictamen médico-pericial suscrito por dos especialistas de la misma y en la que se indica que “a pesar de lo obvio de la negligencia médica no se pueden atribuir a la misma secuelas funcionales ni estéticas”, reconociendo la existencia de un perjuicio por lesiones temporales, de un indemnización por intervención quirúrgica y de un perjuicio patrimonial por el abono de los billetes de avión del esposo de la reclamante, quien “presta sus servicios laborales en Alemania” y “se vio obligado hasta en dos ocasiones (a) cambiar sus vuelos de regreso a dicho país dada la incertidumbre del estado de su esposa”.

El informe de valoración del daño corporal -que sí acoge el baremo establecido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, para su cuantificación- explica que “para la extracción del cuerpo extraño no se realizó apertura uterina, por lo que no se produjo un aumento del riesgo en posteriores gestaciones”. Tampoco se aprecian “secuelas estéticas, ya que la vía de abordaje fue la misma que la de la cesárea y apertura posterior para reparación de la dehiscencia de la histerorrafia”.

Frente a tal valoración y su fundamento, la perjudicada señala, en relación con “la determinación y valoración del periodo de estabilización lesional”, que “discrepa en cuanto al cómputo efectuado (1 muy grave, 3 graves y 30

moderados)”, pues “es el 31 de enero cuando por el empeoramiento de la paciente (vómitos, diarrea ...) se solicita Rx de abdomen y se objetiva la presencia del separador, procediéndose a su extracción. Así pues, siendo alta el 8 de febrero, estaríamos ante 8 días de hospitalización imputables a este error médico”. Sin embargo, esta afirmación no se sustenta en informe técnico alguno, por lo que debemos atender a la formulada por las facultativas de la compañía aseguradora, fundada en consideraciones médicas. Conforme a la misma, dentro del periodo total de ingreso hospitalario debe discernirse entre “los días de estancia media de un ingreso por cesárea” (5 días) y la “estancia media hospitalaria” correspondiente a la complicación por histerorrafia y sangrado, que cifran en 7 días, de lo que resulta que “los días de prolongación de la estancia hospitalaria por laparotomía para retirada de cuerpo extraño son: $16-5-7 = 4$ días, de los cuales uno de ellos estuvo hospitalizada en la Unidad de Cuidados Intensivos Posquirúrgicos: 3 días de perjuicio temporal grave y 1 día de perjuicio temporal muy grave”. A ellos se añaden 30 días de perjuicio personal particular moderado con base en el “periodo de incapacidad temporal establecido” por el Instituto Nacional de la Seguridad Social “para intervenciones quirúrgicas abdominales”. De la aplicación de las cuantías del baremo actualizadas para el año 2019 resultan las siguientes cantidades por cada concepto: 103,48 € por día muy grave; 232,83 €, a razón de 77,61 € por día grave, y 1.614,30 € por 30 días de perjuicio moderado, a razón de 53,81 € por día. De la suma de los mismos resulta la cantidad total de 1.950,61 €.

Por otra parte, aunque la reclamante alude a la “intervención quirúrgica innecesaria”, no se pronuncia de forma expresa sobre el concepto correspondiente a la operación requerida para la extracción, previsto en el baremo y que el informe califica como “cirugía del grupo III”. En todo caso, coincidimos con la propuesta de resolución tanto en la procedencia de su aplicación como en la cuantía propuesta (814,83 €).

Deben rechazarse las alegaciones presentadas en relación con los perjuicios estéticos y los daños morales -respecto a los cuales la perjudicada se limita a

reiterar las consideraciones vertidas en su escrito inicial-. Así, en cuanto a los primeros, simplemente señala que “no cabe duda alguna que la existencia de una nueva cicatriz los provoca, aunque en esta tercera intervención quirúrgica la incisión se haya practicado, más o menos, en el mismo lugar en que se realizó la primera operación”; afirmación que resulta insuficiente para desvirtuar la argumentación anteriormente expuesta sobre la identidad de las vías de abordaje. Por lo que se refiere a los daños morales, tampoco podemos compartir que “el sufrimiento ocasionado a la paciente por su evolución durante su hospitalización le generó una angustia que no se ve debidamente compensada con la indemnización derivada simplemente” de “los días de incapacidad temporal y secuelas”. Al respecto, debe advertirse que el baremo contempla la existencia de “daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial” (artículo 105) y “por perjuicio estético” (artículo 106) solo cuando las secuelas (o el perjuicio estético) alcancen una determinada puntuación; en el mismo sentido, la consideración de forma autónoma de un perjuicio moral diferenciado “por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas” exige que estas impidan o limiten “su autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas”. Es decir, en principio no se contempla la existencia de un perjuicio moral particular derivado de las lesiones temporales al modo del enunciado por la reclamante; antes bien, el artículo 137 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece que “La indemnización por pérdida temporal de calidad de vida compensa el perjuicio moral particular que sufre la víctima por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal”.

Sentado lo anterior, debe añadirse que la jurisprudencia citada en defensa de su planteamiento, referida a un supuesto de abandono de material quirúrgico, contempla como elementos de juicio aplicables para la determinación de los daños morales derivados de tal error el “periodo de tiempo en que la recurrente padeció las molestias y la incertidumbre derivada de la impredecible presencia de un cuerpo

extraño en su abdomen” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de febrero de 2014 -ECLI:ES:TSJCV:2014:1490-, Sala de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), así como “análogos criterios” a los contenidos en la doctrina jurisprudencial casuística que la propia sentencia menciona. Sin embargo, entendemos que las circunstancias del caso que nos ocupa, en el que la respuesta médica (la detección y extracción del cuerpo extraño) fue inmediata tras la aparición de sintomatología, impiden su asimilación al caso citado por la reclamante.

Por otro lado, la propia interesada califica como “daño más grave” el “miedo ante un próximo embarazo y situación de riesgo” (configurándolo, por tanto, como un daño de tipo moral distinto al anterior), afirmación ante la que no cabe desconocer que, tal y como se indica en el informe médico pericial, “la aparición de una complicación en el posoperatorio inmediato como es la rotura uterina está contemplada en el consentimiento informado”, al igual que “los posibles problemas en embarazos y partos posteriores por roturas uterinas”; aseveraciones que refrenda la lectura de diversos modelos de consentimiento informado. En suma, la posibilidad de complicaciones en futuras gestaciones está asociada a la rotura uterina y esta última constituye un riesgo típico de la propia práctica de la cesárea, cuya indicación no se cuestiona en este caso. Por su parte el informe de valoración del daño corporal explica que “para la extracción del cuerpo extraño no se realizó apertura uterina, por lo que no se produjo un aumento del riesgo en posteriores gestaciones” por la incisión realizada para la recuperación del material.

Por último, y en cuanto al perjuicio patrimonial sufrido, la perjudicada incluye en su petición indemnizatoria el importe de “los billetes de avión” expedidos a nombre de su marido y padre del recién nacido, que se vio obligado a modificar ante las circunstancias de salud de la madre. Al respecto, del examen de la documentación aportada resulta que la reclamante abonó uno de los billetes (puesto que su nombre figura en los datos de facturación del mismo -folio 36-), constandingo como importe del mismo la cantidad de 228,97 €, por lo que debemos

reconocer la procedencia del abono de esta cantidad por el citado concepto.

En definitiva, la indemnización total procedente asciende a dos mil novecientos noventa y cuatro euros con cuarenta y un céntimos (2.994,41 €), correspondiente a los conceptos de lesiones temporales, intervención quirúrgica y perjuicio patrimonial.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos expuestos en el presente dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

(P. A. LA LETRADA ADJUNTA A LA SECRETARÍA GENERAL)

Fdo.: Paz de Vera Estrada

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.