

Dictamen Núm. 239/2020

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 22 de octubre de 2020, por medios electrónicos, 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 4 de septiembre de 2020 -registrada de entrada el día 15 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los perjuicios derivados del olvido de un separador abdominal en el interior del paciente en el transcurso de una intervención quirúrgica.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 21 de marzo de 2019, el interesado presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados del olvido de un separador abdominal en el interior del paciente en el transcurso de una intervención quirúrgica.

Expone que el día 10 de marzo de 2015 fue intervenido en el Hospital "de *bypass* aortobifemoral de Dacrón 16 x 8 mm", y que es dado de alta el 24 de ese mismo mes.

Señala que "tras encontrarme mal, con fuertes dolores abdominales", se le "detecta en fecha 08-08-2018 un cuerpo extraño metálico situado en la región posterior peritoneal rodeado por líquido encapsulado", por lo que es operado para su extracción, siendo dado de alta el 25 de octubre de 2018.

Concluye que "ha quedado claramente documentado que el cuerpo extraño metálico correspondía al material quirúrgico de la primera intervención, por lo cual la segunda (...) hubiese sido totalmente innecesaria, además del cuadro clínico padecido y las secuelas locales de la herida quirúrgica de la segunda intervención que aún persisten".

A la vista de ello, solicita la correspondiente indemnización, que cifra en ciento cincuenta mil euros (150.000 €).

Aporta diversa documentación clínica.

2. Mediante oficio de 12 de abril de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo de resolución y notificación del mismo y los efectos del silencio administrativo.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el día 3 de mayo de 2019 la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia de la historia clínica del paciente y un informe del Servicio de Cirugía Vascolar.

En el informe, suscrito por el Jefe del Servicio de Angiología y Cirugía Vascolar el 2 de mayo de 2019, se señala que el paciente "era portador de Stent ilíaco izdo. y se le practicó un *bypass* aortobifemoral por claudicación corta en MID asociada a dolor de reposo en el año 2015. En sucesivas

revisiones (...) de Cirugía Vascolar no figuran referencias a dolor abdominal alguno, sino claudicación en MID y dolor en nalga y lumbar derecho a unos 150 m (29-3-2015, 4-4-2017), encontrándose como hallazgo en Rx de cadera y columna practicadas el 17-07-2018 material metálico en hemiabdomen izquierdo, correspondiéndose por su morfología con material metálico maleable en relación con cirugía intraabdominal previa. El 18-10-2018 se interviene localizándose cuerpo extraño que se extrae, sin evidencia de colecciones ni signos de infección ni lesiones intestinales. En última revisión, el 11-04-2019 el paciente se encuentra asintomático desde el punto de vista vascular con pulsos distales bilaterales”.

En la historia clínica se recoge que acude a consulta en la Unidad de Cirugía Vascolar el día 4 de abril de 2017, dejándose constancia de que “se encuentra bien. Refiere claudicación glútea dcha. a unos 150 m estable”. Se señala “revisión en un año con eco de control de anastomosis”.

Figura anotada en la historia clínica la consulta de revisión realizada el 4 de abril de 2018 en la Unidad de Cirugía Vascolar, donde se refleja, a la vista de la prueba practicada, que “dada la obesidad del paciente no es posible visualizar correctamente el retroperitoneo, por lo que aunque no se identifican formaciones pseudoaneurismáticas no es fiable para establecer un diagnóstico”. Se reseña, asimismo, que “refiere dolor en nalga/lumbar derecha a unos 150 m (estable)”.

Consta, igualmente, en ella que el 17 de julio de 2018 se le practican pruebas diagnósticas al paciente por derivación del médico de Atención Primaria, al que acude por “dolor en zona lumbar bilateral irradiado que le impide caminar”.

En el informe emitido el 18 de julio de 2018, tras las pruebas practicadas el día anterior en el Hospital, se recogen como hallazgos “stent en ílica común izquierda y clips en retroperitoneo. Existe un material metálico en LM proyectado en el lado izquierdo (...) que deberá correlacionarse clínicamente

(¿separador?)/ Nefrolitiasis izquierda. Calcificaciones vasculares./ Incipiente coxartrosis bilateral”.

El 24 de julio de 2018 se consigna en la historia clínica “cuerpo extraño profundo en retroperitoneo. TC pedido por dolor lumbar que se irradia a zona lateral y anterior que limita la deambulaci3n en paciente con by-pass a3rtico-femoral con cl3nica de estenosis de canal, pero (...) en la Rx simple aparece cuerpo”.

Consta la pr3ctica, el d3a 8 de agosto de 2018, de una tomograf3a computarizada que informa de la presencia de “cuerpo extraño met3lico en regi3n posterior de la cavidad peritoneal (...), en la zona central y en vac3o izquierdo. Es un cuerpo extraño de 16 cm, rodeado de l3quido encapsulado, est3 rodeado por l3quido con c3psula que lo delimita claramente (es un seroma o serohematoma encapsulado probablemente por reacci3n al cuerpo extraño)./ Por lo dem3s, no hay signos de patolog3a aguda. La grasa mesent3rica adyacente al cuerpo extraño no est3 inflamada. No hay signos de peritonitis. No hay signos obstructivos. No hay adenopat3as aumentadas. No hay l3quido libre peritoneal”.

En el informe de alta tras la cirug3a de extracci3n del cuerpo extraño, fechado el 25 de octubre de 2018, se constata la colocaci3n de malla abdominal y se pauta un tratamiento que consiste en “curas seg3n informe de enfermer3a./ Retirada de puntos de herida quir3rgica en su centro de salud el pr3ximo mi3rcoles 31 de octubre de 2018./ Revisi3n en nuestra consulta externa el 11 de abril de 2019”.

En el informe de resultados de las pruebas de imagen emitido a ra3z de la tomograf3a computarizada realizada el 17 de diciembre de 2018 se constata que “se compara con TC previo del 08-08-2018./ El cuerpo met3lico (...) ha desaparecido totalmente y en su localizaci3n no se aprecian alteraciones (...), la colecci3n encapsulada que rodeaba al objeto met3lico ha desaparecido de modo total sin dejar ninguna secuela ni complicaci3n”. Menciona, reiter3ndolo en el diagn3stico, la presencia de un seroma de tejido graso que describe como

“una colección líquida en el tejido graso celular subcutáneo, por encima de la pared muscular anterior, subyacente a la cicatriz de laparotomía, es una colección sugerente de seroma, de morfología alargada, mide 150 mm de longitud sagital y 70 mm de diámetro transversal./ En el resto no hay cambios”.

4. Durante la instrucción, se incorpora al expediente una copia de los correos electrónicos remitidos por la correduría de seguros y la entidad aseguradora de la Administración en los que se indica que “la negociación ha fracasado” y que lo ofrecido al efecto por la compañía aseguradora eran “5.000 euros en concepto de daños morales”.

5. Con fecha 3 de julio de 2019 y a instancia de la entidad aseguradora, emite informe una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal. En él, tras describir la asistencia sanitaria prestada y ofrecer un resumen de la historia clínica del perjudicado, se observa, una vez admitido que en el acto quirúrgico al que se somete en marzo de 2015 “se deja a nivel intraabdominal un separador metálico” de 16 cm de longitud, que ello “se puede calificar de infracción de la *lex artis*” y que “hubiera podido provocar inicialmente reacción inflamatoria para posteriormente favorecer procesos infecciosos locales de evolución imprecisa. No se produjeron, ni están constatadas, lesiones o daños atribuibles al cuerpo extraño intraabdominal./ Precisó de una intervención programada para su extracción y se ocasionaron perjuicios derivados”. Añade que en este caso la presencia del cuerpo extraño no desencadena ninguna patología y que “no existe nexo de causalidad entre este hecho y (la) sintomatología que se menciona en la reclamación. Tras revisión de la historia clínica, apuntar que no existen demandas por dolor abdominal entre la fecha de la intervención en marzo de 2015 y el hallazgo del cuerpo extraño en la radiografía en julio del 2018”.

Para realizar una valoración económica de los daños se acude a “la actualización del baremo, resolución 14-02-2018”. Fija la indemnización en

4.776,31 €, que desglosa escuetamente en 9 días de hospitalización (678,51 €), 30 días de perjuicio moderado “desde el alta hospitalaria” (1.588,80 €), intervención quirúrgica (1.000 €) y daño moral (1.500 €). Precisa que “no se contempla perjuicio estético ya que la intervención se realizó por la incisión previa”.

6. Evacuado el trámite de audiencia, el día 28 de julio de 2020 el interesado presenta un escrito de alegaciones al que acompaña un informe pericial emitido por un especialista en Valoración Médica del Daño Corporal e Incapacidades Laborales. Solicita, conforme al “baremo de la ley 35/2015”, una indemnización de 46.549,54 €, que desglosa conforme a las partidas del referido baremo, coincidiendo con la valoración de la compañía aseguradora respecto a la intervención quirúrgica (1.000 €), y separándose en el resto de los conceptos (por hospitalización computa 8 días, por perjuicio moderado 60, por perjuicio básico 1.272 y como secuelas “5 puntos” por “perjuicio estético”, sin que reclame por perjuicio funcional).

En el informe pericial que adjunta, tras exponer los antecedentes y la evolución del interesado, se indica que en el momento de reconocer al paciente este refiere molestias causadas por la cicatriz y que tras la intervención de extracción del material quirúrgico “le han desaparecido los dolores hacia zona lumbar y cadera./ A la exploración se aprecia (...) cicatriz de laparotomía media (ampliada respecto a la de la intervención abdominal anterior), con algo de induración en mitad inferior, desviación de ombligo hacia la derecha de la línea media”.

El perito refiere que “no consta que medie otra causa que justifique totalmente la patología abdominal que refería, la sintomatología aparece en tiempo médicamente razonable, la zona de lesión se relaciona con el mecanismo que se menciona (intervención de Cirugía Vasculard de 10 de marzo de 2015) y hay médicamente adecuación entre (...) la intervención quirúrgica

de Cirugía Vasculard de 10 de marzo de 2015 y su posible repercusión sobre el abdomen”.

Sobre el tiempo de curación, diferencia dos periodos. El primero “se inicia al finalizar su recuperación de la intervención de 10 de marzo de 2015 (...), con molestias abdominales inespecíficas, dolor hacia espalda-cadera derecha-miembro inferior derecho y (...) finaliza cuando ingresa para la extracción del material metálico intraabdominal (el 17 de octubre de 2018), que son días de curación solamente básico (1.164 días)./ El segundo periodo, desde que ingresa (...) hasta la revisión de Cirugía Vasculard el 11 de abril de 2019, en que es asintomático./ Ha estado ingresado desde el 17 hasta el 25 de octubre de 2018”. Estima un “perjuicio personal básico moderado durante 2 meses tras el alta hospitalaria (60 días)./ El resto del tiempo de curación hasta el 11 de abril de 2019 puede considerarse (...) perjuicio personal básico (108 días)”. Al anterior cómputo añade la propia intervención quirúrgica.

Respecto a las secuelas, la pericial contempla el perjuicio estético consistente en “deformidad con desplazamiento del ombligo hacia la derecha” que valora en 5 puntos, y otros 5 puntos por secuelas “funcionales” deducidas de la “colocación de malla en pared abdominal en la nueva cirugía (18 de octubre de 2018)”, que aunque no figura en el baremo de referencia se “puntúa por asimilación”, si bien se reseña a continuación que la situación médica del paciente no le impide realizar las actividades propias de su ocupación habitual ni las de la vida ordinaria.

7. Con fecha 5 de agosto de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio, asumiendo la infracción de la *lex artis* y la valoración efectuada por la entidad aseguradora de la Administración.

En ella razona que si bien el cuerpo extraño “hubiera podido provocar inicialmente reacción inflamatoria para posteriormente favorecer procesos infecciosos locales de evolución imprecisa, estos no se materializaron, ni están

constatadas lesiones o daños atribuibles al cuerpo extraño intraabdominal. Precisó de una intervención programada para su extracción y se ocasionaron perjuicios derivados”, y añade que “no se puede atribuir a la presencia del cuerpo extraño patología alguna. No existe nexo de causalidad entre este hecho y (la) sintomatología que se menciona en la reclamación. En la historia clínica no constan demandas de asistencia por dolor abdominal entre la fecha de la intervención en marzo de 2015 y el hallazgo del cuerpo extraño en la radiografía en julio del 2018”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de septiembre de 2020, 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. R.P., de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin una 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 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 21 de marzo de 2019, y el paciente se somete a cirugía para la extracción del cuerpo extraño el día 18 de octubre de 2018, por lo que es claro que la acción se ejercita 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 que esta se adopte, 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 “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; 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 un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que el perjudicado reclama el resarcimiento de los daños derivados del olvido de un separador metálico de 16 cm de longitud en el interior de su abdomen en el curso de una cirugía practicada el día 10 de marzo de 2015, y que es extraído mediante intervención quirúrgica el 18 de octubre de 2018.

En el caso analizado se admite pacíficamente la infracción de la *lex artis ad hoc*, dado que al practicar una operación de cirugía intraabdominal el personal sanitario descuidó en el interior del paciente un cuerpo extraño de tamaño considerable. Este Consejo Consultivo ha reconocido en otras ocasiones una infracción manifiesta de la *lex artis* en los supuestos de abandono de material quirúrgico en el cuerpo del paciente, apreciando que en tales casos es manifiesto que los facultativos no actuaron con la “diligencia media” exigible (Dictamen Núm. 105/2020). En suma, debe reconocerse que se vulneró la *lex artis* durante la intervención quirúrgica a la que se sometió el interesado en 2015, al no retirársele puntualmente el material quirúrgico empleado en la zona

intraabdominal, precisando de otra cirugía para su extracción. Ese descuido entraña un error médico y responde a un mal funcionamiento del servicio público sanitario, generador de unos daños que el paciente no tiene la obligación jurídica de soportar y que aboca a reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, admitido que el olvido del material quirúrgico guarda una evidente relación causal con algunos de los daños cuyo resarcimiento se impetra -como los ligados a la necesaria cirugía de extracción-, no resulta acreditada su incidencia en otros de los perjuicios aquí invocados, como ocurre con el dolor abdominal que el reclamante afirma padecer a raíz de la intervención en la que se le deja un separador metálico.

En efecto, el informe aportado por el interesado -suscrito por un especialista en Valoración Médica del Daño Corporal e Incapacidades Laborales- sugiere que aquella dolencia guarda relación con la presencia del cuerpo extraño, pero en rigor solo formula un juicio de "idoneidad" que confirma ante la manifestación subjetiva del propio paciente de que los dolores cesan tras retirársele el separador, sin que el resto de facultativos informantes aprecien dicha relación. En la confrontación de las periciales la jurisprudencia viene razonando que la fuerza probatoria de los informes reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, en la mayor especialización de quien los formula y en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes, lo que conduce a postergar la pericial que omite el análisis "de todo el conjunto de datos que contextualizaban la situación" del paciente (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019 -ECLI:ES:TS:2019:1135-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), y a la prevalencia del criterio de los especialistas cuando el perito de la parte, "cuya falta de especialidad médica en la materia de que se trata relativiza en gran medida el juicio emitido, se limita a (...) hacer unas consideraciones genéricas" (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 15 de mayo de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1298-, Sala de lo

Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a). Por ello no cabe atribuir aquí mayor fuerza de convicción a lo reseñado por el perito del interesado -cuya apreciación aparece huérfana de referentes ciertos u objetivos- que a lo dictaminado por el especialista de la rama concernida y los restantes facultativos, que se detienen en el detalle del proceso asistencial. Reconocido por todos ellos que el abandono del cuerpo extraño es apto para “provocar inicialmente reacción inflamatoria” y “posteriormente favorecer procesos infecciosos locales de evolución imprecisa”, se puntualiza por el especialista en Angiología y Cirugía Vascul ar que en las sucesivas revisiones realizadas tras la cirugía de 2015 “no figuran referencias a dolor abdominal alguno”, y sí a otros cuya filiación se constata con precisión (dolor en nalga/lumbar derecha), sin que se materializaran lesiones o daños atribuibles al cuerpo extraño intraabdominal sino a otras patologías de base. Consta en el informe de resultados del TC practicado el 8 de agosto de 2018 que en el momento de identificarse el objeto “está rodeado por líquido con cápsula que lo delimita claramente (es un seroma o serohematoma encapsulado probablemente por reacción al cuerpo extraño)./ Por lo demás, no hay signos de patología aguda. La grasa mesentérica adyacente al cuerpo extraño no está inflamada. No hay signos de peritonitis. No hay signos obstructivos. No hay adenopatías aumentadas. No hay líquido libre peritoneal”. En la historia clínica no figuran tampoco demandas por dolor abdominal entre la fecha de la intervención y el hallazgo del cuerpo extraño, y sí por otras manifestaciones de dolor cumplidamente explicadas a la luz de distintas enfermedades que el paciente sufre, por lo que no pueden atribuirse esas patologías a la presencia del separador metálico.

SÉPTIMA.- Declarada la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, y descartada la incidencia de la infracción de la *lex artis* en las dolencias que el paciente sufre tras la intervención defectuosa, resta concretar el consiguiente *quantum* indemnizatorio, que la propuesta de resolución fija en

4.776,31 €, acogiendo la pericial aportada por la compañía aseguradora, y el perjudicado en 46.549,54 €, sirviéndose de otra pericial.

Ambas pericias acuden al baremo establecido para la valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación. Como hemos manifestado en ocasiones precedentes, para el cálculo de la indemnización correspondiente a los conceptos resarcibles parece apropiado servirse del sistema establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, que si bien no es de aplicación obligatoria viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos. No se desconoce, tal como resulta del tenor literal del artículo 34.2 de la LRJSP, que el referido baremo tiene un carácter meramente orientativo, no vinculante, con la específica finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del *quantum* resarcitorio, pero ha de subrayarse su utilidad como parámetro y garantía de trato igualitario cuando nos enfrentamos a conceptos subsumibles en las partidas indemnizatorias contempladas en la norma.

Habiendo acudido, tanto la Administración como el perjudicado, a los conceptos del reiterado baremo, y mostrándose estos adecuados para la reparación del daño causado, no se aprecia motivo para apartarse de sus módulos. Ahora bien, el recurso al baremo comporta que no cabe al mismo tiempo servirse de él y contrariarlo, e impone que deba estarse también a lo previsto en él para su actualización, tomando como referencia las cuantías vigentes en el momento en que se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento. Se advierte así que resultan de aplicación las publicadas mediante Resolución de 30 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (*Boletín Oficial del Estado* de 8 de abril de 2020), y no aquellas a las que la Administración y el reclamante acuden.

En la concreción del *quantum*, procede señalar en primer término que ambas periciales coinciden en valorar la cirugía de extracción en 1.000 €, al amparo del referido baremo, y discrepan solo accidentalmente respecto a los días hospitalarios (perjuicio grave), que el reclamante computa confusamente como 8 cuando son 9. Esos dos conceptos resarcitorios han de reputarse pacíficos.

El nudo de la controversia reside en la pretensión de conceptuar como días de perjuicio “básico” los transcurridos a lo largo de los años en los que el cuerpo extraño pasa desapercibido, por no manifestar una sintomatología expresiva. La compañía aseguradora de la Administración rechaza esa consideración y este Consejo entiende que ha de asumirse que no procede el resarcimiento de tal perjuicio básico, pues la falta de sospecha patológica es consustancial a la ausencia de las molestias que definen el perjuicio personal. En efecto, consta que el paciente acude al servicio sanitario por diversas dolencias, pero ninguna de ellas guarda relación con el abandono del material quirúrgico, al que no se asocian patologías ni tratamientos hasta su detección.

Respecto al tiempo de perjuicio “moderado”, la pericial que adjunta el reclamante estima 60 días y la de la entidad aseguradora solo 30. Se repara en que esta última es marcadamente escasa y se limita a deducir un lapso temporal que no se anuda a un alta médica, curación u otro evento singular. En la aportada por el perjudicado se incide en que tras la cirugía de extracción del cuerpo extraño “se ha presentado complicación de hematoma subcutáneo”, y en el informe de alta tras aquella cirugía, de 25 de octubre de 2018, se pauta un tratamiento que consiste en “curas según informe de enfermería./ Retirada de puntos de herida quirúrgica en su centro de salud el próximo miércoles 31 de octubre de 2018./ Revisión en nuestra consulta externa el 11 de abril de 2019”. En el posterior informe de 17 de diciembre de 2018 se constata que “la colección encapsulada que rodeaba al objeto metálico ha desaparecido de modo total sin dejar ninguna secuela ni complicación”, si bien se aprecia un seroma de tejido graso “subyacente a la cicatriz de laparotomía”. En definitiva,

no se objetivan dolencias ni tratamientos persistentes más allá de la fecha de retirada de los puntos de la herida quirúrgica (31 de octubre de 2018), pero puntualmente se aborda un seroma subcutáneo, lo que -unido a la edad y patología de base del enfermo- justifica la extensión del perjuicio moderado por los 30 días que postula la entidad aseguradora, sin que nada autorice a deducir un perjuicio posterior, pues la revisión de 11 de abril de 2019 es meramente protocolaria y no implica que el paciente esté sometido a algún tratamiento hasta ese momento.

Orillan ambos peritos que la jurisprudencia viene considerando, en los supuestos de abandono de material quirúrgico, que entre los elementos de juicio aplicables para la determinación de los daños se incluye el “periodo de tiempo en que (...) 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). Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, procede resarcir, como perjuicio básico, ese tiempo de incertidumbre, ya que no se objetivan molestias pero sí una zozobra atendible durante la espera que media entre la detección del cuerpo extraño y su extracción exitosa. Dado el cariz marcadamente subjetivo de este padecimiento, ha de entenderse que se genera desde el momento en que el interesado señala como fecha en la que se le advierte del material quirúrgico olvidado (8 de agosto de 2018), aunque la sospecha conste en informes médicos anteriores, y que se extiende hasta el día de la cirugía extractiva (18-10-2018), por lo que abarca un periodo de 71 días.

En cuanto a las secuelas, se observa que el reclamante articula solo la relativa al perjuicio estético (5 puntos), que la compañía aseguradora de la Administración repele razonadamente por cuanto la nueva cirugía no provoca una cicatriz distinta a la ya existente. La apelación por el perito del perjudicado a la “deformidad con desplazamiento del ombligo hacia la derecha” precisaría de un sustento objetivo en la historia clínica que aquí no se aprecia.

Respecto a las secuelas funcionales que el perito del reclamante deduce de la "colocación de malla en pared abdominal en la nueva cirugía", se repara en que el interesado nada reclama por este concepto y que su perito reseña que lo puntúa "por asimilación", al no contemplarse en el baremo de referencia -sin que resulte admisible recurrir al baremo y a la vez contrariarlo-, y constata también confusamente que la situación médica del perjudicado no implica ningún menoscabo funcional. Por tanto, no habiéndose generado un perjuicio efectivo, su eventual causación a raíz de la colocación de la malla abdominal habría de ser objeto de reclamación en su momento.

Por lo que se refiere a los daños morales, hemos de advertir -reiterando que no cabe acoger el baremo y al mismo tiempo contrariarlo- que la regla del baremo de referencia es que tales daños de índole moral quedan incluidos en los distintos conceptos resarcibles (en este caso, el de perjuicio personal grave, moderado y básico). Las excepciones -que corresponden a "pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas" o a "daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial" (artículo 105) y "por perjuicio estético" (artículo 106)- solo operan cuando las secuelas (o el perjuicio estético) alcancen una determinada puntuación, habiéndose excluido en este supuesto la existencia de secuelas, las cuales habrían de limitar además la "autonomía personal para realizar las actividades esenciales", lo que aquí se descarta.

En suma, se estima que procede compensar al reclamante, conforme a las cuantías actualizadas por la Resolución de 30 de marzo de 2020 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por los conceptos de 9 días hospitalarios (perjuicio grave, 78,31 €/día), 30 días de perjuicio moderado (54,30 €/día) y 71 días de perjuicio básico (31,32 €/día), más 1.000 € por la intervención quirúrgica, lo que arroja un total de cinco mil quinientos cincuenta y siete euros con cincuenta y un céntimos (5.557,51 €).

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 anteriormente señalados.”

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.