

Dictamen Núm. 75/2021

**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 6 de mayo de 2021, 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 5 de abril de 2021 -registrada de entrada el día 12 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de un familiar como consecuencia del olvido de material quirúrgico y el error en el diagnóstico de un pseudoaneurisma.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 2 de enero de 2019 un letrado, en nombre y representación de los interesados -esposa, dos hijos menores de edad, padres y tres hermanos de un paciente-, formula una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del óbito de su familiar.

Exponen que el fallecido fue intervenido el 11 de diciembre de 2017 en el Servicio de Cirugía Cardíaca del Hospital ....., practicándosele una cirugía programada de sustitución valvular aórtica y corrección de aneurisma de aorta ascendente. Refieren que tras la operación sufre diversas vicisitudes, objetivándose un mínimo derrame pericárdico e iniciándose un tratamiento antibiótico.

Señalan que el 2 de enero de 2018 se le realiza una ecocardiografía transesofágica en la que se dice haber "localizado un hematoma organizado de unos 4 cm de espesor, comprimiendo el VD, que impresiona de hematoma mediastínico, con derrame pericárdico leve". Ese mismo día se efectúa un TAC que "informa de la existencia de un hematoma que comprime VD, se le realiza igualmente TC de tórax con contraste (intravenoso) que constata la existencia de cambios posquirúrgicos con prótesis valvular aórtica mecánica y tubo en aorta ascendente". Subrayan "que en un informe fechado el día 2 de enero de 2018 el doctor (...) manifiesta, y así anota, que el TAC torácico está `sin informar´, y luego se hace mención a `hematoma retroesternal de gran tamaño que comprime cavidades derechas´".

Con estos hallazgos ese mismo día se decide una cirugía de urgencia, y reseñan que "en el parte de intervención (...) se recoge" que "se siguen retirando coágulos para intentar controlar sangrado, retirando dos compresas de raíz de aorta y observando avulsión de raíz de aorta del anillo aórtico (se observa prótesis aórtica), con sangrado masivo que no da tiempo a tomar medidas contra el mismo, el resultado es el fallecimiento".

Puntualizan que "por parte del equipo íntegro de la segunda cirugía (...) se puso de manifiesto, y así se hizo constar en sus informes grabados en programa Millennium, que en el transcurso de la cirugía que llevaron a cabo el día 2 el doctor (...) había extraído del interior de la cavidad torácica del paciente dos masas del tamaño de un puño que, posteriormente y tras finalizar la operación y siendo ya exitus el paciente, al abrirlas y extenderlas" se comprobó que "eran dos compresas, las cuales no pertenecían a esta intervención, sino

que eran de la primera (...), manifestándose igualmente por parte del personal de esta segunda intervención que antes de la misma el doctor (...) les había informado de que en conversación” con el médico que llevó a cabo aquella cirugía “este le había informado que pudiera ser que se hubiera olvidado alguna compresa en su intervención; personal que efectuó fotografías a esas masas que se extrajeron y que resultaron ser dos compresas”.

Como prueba de ello, transcriben lo declarado por diferentes miembros del equipo que llevó a cabo la operación el 2 de enero de 2018. Aluden también a lo relatado por “diferentes testigos que han depuesto en el procedimiento penal (...), en el sentido de afirmar que antes de la operación el cirujano (...) les trasladó la sospecha del doctor (...) de que podría haber olvidado alguna compresa en la primera cirugía (...). A pesar del aviso (...) no se adoptó ninguna medida especial ante dicha posibilidad, que (...) fue una realidad, no solo una posibilidad, ya que las dos compresas (...) estaban en la zona donde estaba el pseudoaneurisma, con lo que al retirar las mismas de forma brusca y súbita, y sin adoptar ninguna medida precautoria, también contribuirían al fatídico desenlace”.

Ponen de relieve que las “compresas que se extrajeron del cuerpo del fallecido fueron documentadas gráficamente por orden del segundo cirujano (...), y ello fue llevado a cabo por el enfermero (...) y por el anestesista (...), siendo chocante que ninguna referencia a ellas se hiciera en la Comisión de Investigación”, y también que cuando el Hospital ..... envió el informe de dicha Comisión al Juzgado “no remitiera estas fotografías, y que estas compresas desaparecieran y se tiraran a los dos días de crearse la Comisión sin posibilidad alguna de que se les hubieran hecho pruebas, hubieran podido ser vistas y demás./ Es también sorprendente que el contaje de las compresas no se hizo además como debe de hacerse, es decir con todas fuera del cuerpo del paciente, y ello fue así puesto de manifiesto por una enfermera de la primera intervención”.

Igualmente denuncian “otra negligencia en el diagnóstico”, pues el “radiólogo que informa el TAC que se hace (...) el día 2 de enero de 2018, que sirve de base (...) para llevar a cabo la segunda intervención (...), comete un gravísimo error, como él mismo reconoció en las diligencias previas seguidas ante el Juzgado de Instrucción Nº 1 de (...) Oviedo (...), ya que (...) no vio ni diagnosticó la existencia de un pseudoaneurisma, lo cual supone que la operación a llevar a cabo se debiera de haber afrontado de otra manera ya que su complejidad es mayor, por cuanto (...) de haber diagnosticado e informado correctamente el TAC y haber informado de la existencia de un pseudoaneurisma en el quirófano debería haber estado a mayores, y de carácter obligatorio por la complejidad de la intervención, un perfusionista, así como el empleo y la conexión (...) en quirófano y antes de la intervención de una bomba de circulación extracorpórea”. Transcriben a continuación las declaraciones de “diferentes peritos especialistas en Cirugía Cardíaca y (...) en Radiología en la instrucción penal”, en la que “todos ellos apreciaban claramente la existencia del pseudoaneurisma que no detectó el radiólogo”. Resaltan que aunque el diagnóstico fuera de hematoma y no de pseudoaneurisma, el cirujano que intervino en la primera operación manifestó que “hubiera sido igualmente necesario un ayudante, que sería un percusionista, y con circulación extracorpórea”.

Añaden que además “debieron hacerse más pruebas (...) en el intervalo entre la primera y la segunda cirugía, y ello por aparecer datos que no eran normales y que ponían de relieve que algo no iba o no había salido bien”.

Reprochan la falta de consentimiento informado para la segunda intervención, la realizada el 2 de enero de 2018 y en la que se produjo el fallecimiento, lo que acreditan aportando una “captura de pantalla” expresiva de que “por parte del doctor (...) se procedió a crear un consentimiento informado para esta segunda intervención, y ello con fecha 5 de enero de 2018, es decir tres días después del fallecimiento”.

Reproducen parte del informe de la Comisión de Investigación abierta por el Hospital ..... por los mismos hechos, en el que se recoge que "el día 2 de enero se realiza una ecocardiografía transesofágica (...) en la que se observa un hematoma organizado de 4 cm de espesor que comprime el ventrículo derecho y un derrame pericárdico leve./ En ese momento se solicita un TC torácico con contraste en el que se objetivan cambios posquirúrgicos, una prótesis valvular aórtica mecánica y un tubo en la aorta ascendente. Hematoma en el mediastino anterior con diámetros de 4,7 x 13 x 12 cm y pequeñas burbujas de aire en su interior. Leve derrame pericárdico. La impresión diagnóstica es de hematoma en el mediastino anterior./ Valoradas las pruebas por el Servicio de Cirugía Cardíaca se decide realizar cirugía emergente por taponamiento cardíaco secundario a hematoma mediastínico anterior (...). Compresas quirúrgicas./ La revisión de la historia clínica (contaje de compresas quirúrgicas de la primera intervención) y de las pruebas radiológicas (radiografía de tórax PA y lateral y TC torácico con contraste) efectuadas al paciente desde el 11 de diciembre y revisadas por el equipo de Radiología descartan la presencia de compresas quirúrgicas con hilo radiopaco previo a la segunda intervención./ En el contaje de compresas quirúrgicas de la segunda intervención se contabilizan 2 compresas de más, que se confirman en un segundo contaje. Esta información es aportada por todos los miembros del equipo de la segunda cirugía y reflejada en la documentación quirúrgica de la historia clínica. No se ha podido determinar la causa de esta afirmación (...). Hemorragia masiva./ Es la causa del fallecimiento por rotura de la raíz de aorta, proximal a la sutura de la unión con el tubo de Dracon. Este sangrado profuso y de carácter arterial comienza tras la retirada de hematoma detectado en el TC torácico. Revisado el TC torácico por el equipo de Radiología entrevistado a instancias de este Grupo de Trabajo, se observa una imagen de extravasación de contraste a una cavidad de unos 3 cm compatible con pseudoaneurisma (...). Conclusiones./ Se descarta la presencia de compresas quirúrgicas en la cavidad torácica tras la primera cirugía./ En el TC previo a la segunda cirugía se observa una imagen de

extraversión de contraste compatible con pseudoaneurisma./ La causa de la muerte es una hemorragia masiva a nivel de la raíz de la aorta”.

Extractan, asimismo, la grabación de una entrevista mantenida por tres de los reclamantes -la esposa, el padre y un hermano del fallecido- con el Gerente del Hospital ..... y un miembro de la Comisión de Investigación. Según se manifiesta, la grabación de la entrevista contó con “conocimiento de todos los asistentes a la misma, y sin que nadie se opusiera, con un teléfono móvil”, y en ella tanto el Gerente como el doctor reconocían “la existencia de errores cometidos que habrían dado lugar al fallecimiento”.

Advierten que “por estos hechos se siguen diligencias previas ante el Juzgado de Instrucción N.º 1 de (...) Oviedo (...), en el cual han depuesto varios peritos que coinciden en señalar, de un lado, que lo que había era un pseudoaneurisma y no un simple hematoma, con lo que hay un mal diagnóstico, que para intervenir el pseudoaneurisma es precisa la intervención de un perfusionista y de aplicación al intervenido de circulación extracorpórea, intervención de estos dos profesionales que aun con el diagnóstico de hematoma hubiera debido de hacerse, que se encontraron dos compresas olvidadas de la primera intervención, que (...) el *Mucor* que se puso de manifiesto en las compresas que se extrajeron del cuerpo y que se mandaron a analizar, y que fueron destruidas impidiendo poder ser analizadas por los Médicos Forenses no estaba en el interior del cuerpo (...); es más, se ha puesto de relieve que el contaje de las compresas efectuado en la primera intervención se hizo de forma inadecuada y ello indujo a error y al olvido, ya que la persona que lo realizó lo hizo con compresas aún dentro del cuerpo (...), y que tras el fallecimiento (...) se han empezado a realizar por parte del doctor (...) en sus intervenciones no un solo contaje de compresas, sino que se ha adoptado la obligatoriedad y protocolarizado que el contaje de compresas no sea solo uno, sino que se lleve a cabo un segundo y un tercer contaje de compresas para evitar un nuevo olvido, y que a pesar de saberse la posible existencia de compresas olvidadas en la segunda intervención no se tomó ninguna

precaución y se extrajeron sin adopción de ninguna medida./ Todo este cúmulo de errores, negligencias y demás fueron la causa del fallecimiento”.

Aplicando 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, solicitan una indemnización que asciende en conjunto a seiscientos noventa y siete mil cuatrocientos noventa y dos euros con noventa y seis céntimos (697.492,96 €), reclamándose las cantidades que se concretan conforme al referido baremo.

Proponen como prueba, además de la documental que se acompaña, la testifical de personal de los equipos que llevaron a cabo las dos intervenciones quirúrgicas y de dos de los miembros de la Comisión de Investigación del Hospital ..... Interesan asimismo, como medio de prueba, que se practique “testifical/pericial” de cinco especialistas.

Adjuntan copia, entre otros documentos, del poder notarial otorgado a favor del letrado actuante.

**2.** Mediante escrito de 31 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al representante de los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** El día 18 de febrero de 2019 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, en su condición de Instructor del procedimiento, declara la suspensión del mismo “en tanto recaiga resolución firme en el orden penal”.

Consta acreditada la notificación de esta resolución al representante de los reclamantes, a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y a la correduría de seguros de la Administración.

4. Con fecha 21 de noviembre de 2019, el representante de los interesados comunica que en el procedimiento penal abierto por estos mismos hechos “se ha dictado auto de sobreseimiento provisional por parte del Juzgado de Instrucción N.º 1 de (...) Oviedo, que fue recurrido por esta parte ante la Audiencia Provincial de Oviedo, la cual ha resuelto a medio de Auto (...) de fecha 9 de octubre de 2019 (...), confirmar el auto de sobreseimiento provisional dictado por el Juzgado de Instrucción, con lo cual la vía penal ha quedado en principio cerrada”.

Refiere que “dicho auto es esclarecedor y recoge todos (los) errores que se han dado y que dieron lugar al fallecimiento”, y así en él se manifiesta que “hay que concluir, visto lo declarado por los testigos, el personal médico y sanitario” que participó “en la segunda intervención, y de cuyas declaraciones no hemos de dudar en tanto que no encontramos motivo espurio para hacerlo, y en tanto que sus afirmaciones encuentran apoyo en las fotografías aportadas a la causa, así como en lo informado razonadamente por algunos de los peritos (...), que existen serios indicios de algunos de los hechos en que se sustenta el recurso interpuesto: a) que en la primera intervención se dejaron dos compresas olvidadas en el interior del paciente;/ b) que el alta hospitalaria fue precoz;/ c) que las compresas olvidadas fueron el caldo de cultivo perfecto para que anidara en ellas y colonizara el hongo del *Mucor*, lo que produjo un debilitamiento de las paredes de la aorta y provocó la aparición del pseudoaneurisma, hongo este contagiado en el quirófano en esa primera intervención;/ d) que cuando se decide la segunda intervención el radiólogo diagnosticó únicamente la existencia de un hematoma, no de un pseudoaneurisma, lo cual supuso que la intervención quirúrgica hubiera sido planteada de forma incorrecta (...). Su muerte fue debida a que la segunda intervención que le fue realizada fue incorrecta, como lo fue el recuento de las compresas en la primera intervención./ Así se dice por los peritos (...), llegando el primero de ellos a afirmar que de haberse realizado la intervención correcta

el paciente hubiera sobrevivido./ Y fue incorrecta esa segunda intervención porque el radiólogo diagnosticó al paciente un hematoma cuando en realidad tenía un pseudoaneurisma, por lo que dichos peritos afirman que la actuación del personal médico fue la adecuada; es más, otro perito (...) señala que esa segunda intervención fue terrible y que el doctor (...) hizo lo que pudo./ Y ello sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios a reclamar por los recurrentes ante la jurisdicción civil o contencioso-administrativa que se haya podido derivar de los actos médicos que, por erróneos o incorrectos, hayan producido el luctuoso resultado”.

Añade el informe definitivo de los Médicos-Forenses que “hay que considerar que la hipotética presencia de compresas en el lecho quirúrgico sería un excelente caldo de cultivo para los hongos./ Las controvertidas gasas pudieron actuar con una doble función. Por un lado conteniendo la hemorragia (tapón) y por otro (...) haciendo de caldo de cultivo de la infección./ Una vez se produce la infección por el hongo este tiene afinidad por las gasas”, recogiendo en el mismo informe que “se detectó la presencia de *Mucor* en las muestras enviadas para el estudio microbiológico, deduciendo que las esporas estarían en el ambiente quirúrgico de la primera cirugía (...). Dicha infección pudo producir un debilitamiento de la pared arterial y ser el origen del sangrado inicial./ Las compresas actúan como un excelente caldo de cultivo para el desarrollo de la infección”. Puntualiza que este informe fue ratificado en presencia judicial el día 8 de mayo de 2019, aclarando los Médicos-Forenses que “si el *Mucor* hubiera sido contraído por vía respiratoria se apreciarían lesiones en pulmones y en piel./ Que creen que las esporas se contagiaron en el quirófano”.

Se adjuntan copias de la declaración pericial de las Médico-Forenses en las diligencias previas efectuada el día 8 de mayo de 2019, del Auto de la Audiencia Provincial de 9 de octubre de 2019, del informe del Servicio de Histopatología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y del

informe médico forense del Instituto de Medicina Legal de Asturias de 24 de enero de 2019.

**5.** Mediante Resolución de 2 de diciembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas acuerda “reiniciar la tramitación del procedimiento”.

Consta acreditada la notificación de esta resolución al representante de los reclamantes, a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y a la correduría de seguros de la Administración.

**6.** El día 17 de febrero de 2020, emite informe pericial una facultativa a instancias de la compañía aseguradora de la Administración. En él considera que “tras las conclusiones del auto de sobreseimiento no cabe más que estimar la reclamación en su totalidad, ya que si no se hubiese producido el olvido de las gasas en la primera intervención no se hubiese tenido que realizar una segunda./ La causa directa de la muerte fue debida a una segunda intervención, intervención mal planificada debido a un diagnóstico incorrecto. En esta ocasión además se produjo una pérdida de oportunidad ya que de haberse realizado la intervención en condiciones adecuadas el paciente hubiese podido sobrevivir”, toda vez que “la mortalidad en este tipo de cirugías oscila entre un 6 % y un 10 % aproximadamente”.

**7.** Figura incorporado al expediente remitido un informe de valoración del daño corporal elaborado el 20 de enero de 2021, a instancias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por una asesora médico de la correduría de seguros. En él aplicando 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, se fija la cuantía indemnizatoria global para los ocho reclamantes en la cantidad de 401.200,50 euros. No obstante, se advierte de

que al no disponer “de información sobre los ingresos del perjudicado” no se incluye cantidad alguna por lucro cesante.

**8.** El día 2 de febrero de 2021, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio instructor una copia del expediente al haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Consta en el expediente la cumplimentación de lo requerido.

**9.** Con fecha 2 de febrero de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica a los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El día 5 de febrero de 2021, el representante de los reclamantes presenta un escrito de alegaciones en el que estima acreditada la existencia de “una infracción grave de la *lex artis*”. Se razona la conformidad con la valoración de la entidad aseguradora de la Administración respecto al perjuicio patrimonial sufrido por cada uno de los reclamantes, así como en lo relativo al daño emergente, si bien recuerda que en el caso de la esposa del fallecido debe incluirse a mayores la cantidad de 5.243,51 € en concepto de “gastos de sepelio”, según factura que ya obra incorporada al expediente.

En cuanto a la partida de “lucro cesante”, a la que tienen derecho tanto la esposa como los hijos del fallecido, no recogida en el informe de valoración de la compañía aseguradora al no disponer su autor “de información sobre los ingresos del perjudicado”, se acude a la media de los ingresos del mismo durante los tres años naturales inmediatamente anteriores a su fallecimiento, aportando copia de las correspondientes declaraciones de la renta.

De todo lo anterior resulta un montante de 682.484,20 € “con los intereses legales oportunos desde la presentación de la reclamación previa

hasta el total abono y satisfacción de dichas sumas a cada uno de los perjudicados”.

Obra incorporada al expediente acreditación del traslado de una copia de estas alegaciones a la compañía aseguradora de la Administración.

**10.** Mediante oficio de 8 de marzo de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas solicita a los reclamantes una copia “de la documentación correspondiente al sumario instruido con motivo de las diligencias penales que dieron lugar al Auto de sobreseimiento de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 9-10-2019”.

Atendiendo al requerimiento efectuado, el día 12 de marzo de 2021 el letrado que asiste a los interesados presenta un escrito al que adjunta una “copia de las actuaciones penales en CD”.

**11.** Tras advertir el Instructor del procedimiento diversos errores materiales en la suma de la valoración de los daños y perjuicios, con fecha 16 de marzo de 2021 los reclamantes presentan un nuevo escrito del que resulta una suma total de 687.727,71 €, de los cuales 174.754,07 € corresponderían a la viuda, 41.149,02 € a cada uno de sus progenitores, 185.699,27 € a uno de sus hijos y 197.919,77 € al otro y 15.685,52 € a cada uno de los hermanos del fallecido.

**12.** El día 18 de marzo de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido estimatorio, al constatar “la existencia de un error diagnóstico en el origen del fallecimiento del paciente” con base en lo razonado por la Audiencia Provincial de Oviedo en su Auto de 9 de octubre de 2019.

En lo referente a las cuantías indemnizatorias, se admiten en su integridad las solicitadas por los reclamantes en su último escrito, puntualizándose que esas cantidades no se consideran necesitadas de actualización, en los términos de lo regulado en el artículo 34.3 de la LRJSP, a

la vista de la evolución experimentada por el Índice de Garantía de la Competitividad desde la fecha del fallecimiento.

**13.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de abril de 2021, 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 Salud, 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), están los interesados activamente legitimados 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). Al ser dos de los interesados menores de edad, está facultada para actuar en su representación su madre, según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

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 2 de enero de 2019, y el hecho por el que se reclama (el fallecimiento del paciente) tuvo lugar el día 2 de enero de 2018, por lo que, sin considerar siquiera el efecto suspensivo de las actuaciones penales, basta con acudir al principio *dies a quo non computatur in termino* para concluir que la acción se ha ejercitado 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 audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

En cuanto al preceptivo informe del servicio cuyo funcionamiento habría causado los daños, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas razona en la propuesta de resolución que “no se han pedido informes a los Servicios intervinientes al haber emitido estos

reiteradamente informes, tanto en la Comisión una vez presentada ya la denuncia como en las diferentes fases de las diligencias penales, tratándose por tanto de informes emitidos con posterioridad a la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial y por ello reveladores del posicionamiento de los Servicios actuantes respecto a la reclamación presentada". Compartido por este Consejo dicho razonamiento, la constancia reiterada de lo apreciado por los servicios intervinientes dispensa, por razones de economía procesal, de una nueva reproducción del trámite.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya -pese a la suspensión asociada a la causa penal- 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 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Finalmente, 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 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.

**SIXTA.-** Los reclamantes interesan una indemnización por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su familiar a causa de una hemorragia masiva por rotura de aorta en acto quirúrgico, que relacionan con el previo olvido de unas gasas en su cavidad torácica, un error diagnóstico referido a la detección de un pseudoaneurisma y la deficiente planificación y ejecución de la cirugía.

Consta en el expediente el fallecimiento del familiar de los interesados, por lo que resulta evidente que estos han sufrido un daño moral.

Habiéndose seguido actuaciones penales con relación a los hechos aquí examinados, lo razonado por la Audiencia Provincial de Oviedo en su Auto de 9 de octubre de 2021 -por el que se acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por los aquí reclamantes contra el Auto del Juzgado de Instrucción N.º 1 de Oviedo que declara el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones- nos permite constatar que en el desgraciado fallecimiento han concurrido diversas negligencias reveladoras de una notoria mala praxis sanitaria. De la amplia documental que figura en el expediente, y en particular de los elementos probatorios obrantes en el proceso penal (historia clínica, testificales, periciales y pruebas e informes de diversos servicios sanitarios), resulta acreditado que asociado al olvido de dos gasas quirúrgicas en la primera operación se produjo la aparición del pseudoaneurisma que fue erróneamente diagnosticado como hematoma, lo que condujo a la práctica de una segunda intervención inadecuada. La apreciación conjunta del acervo probatorio no admite otra conclusión desde la sana crítica. Aunque los facultativos aparezcan exentos de responsabilidad penal, en el mismo Auto de la Audiencia Provincial se subraya el valor de "lo declarado por los testigos, el personal médico y sanitario" que participó "en la segunda intervención, y de cuyas declaraciones no hemos de dudar en tanto que no encontramos motivo espurio" o interesado

para que esos profesionales afirmen que en la primera cirugía se dejaron dos compresas olvidadas; garantía de objetividad que no se aprecia en los examinados que niegan aquel hecho, quienes tampoco ofrecen una explicación concordante con la deriva de los acontecimientos y la pluralidad de elementos indiciarios. Advertido el abandono de las gasas en el tórax del paciente -y al margen de su significación penal-, este Consejo ya ha apreciado la patente infracción de la *lex artis* que encierra el olvido de material quirúrgico en el cuerpo de un enfermo, considerando que en tales casos los facultativos no han actuado con la diligencia media exigible (entre otros, Dictámenes Núm. 190/2019 y 105/2020). Así lo han estimado también otros órganos consultivos (por todos, Dictamen 300/2016 del Consejo Consultivo de Canarias), y algunos pronunciamientos judiciales (así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de noviembre de 2012 -ECLI:ES:TSJM:2012:15186-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, se razona que “por las razones que fueran, lo cierto es que la falta de retirada del material quirúrgico empleado es claramente indicativa de una evidente falta de cuidado por los facultativos que participaron en la intervención quirúrgica, incumpliendo además las normas recogidas en el protocolo del centro en relación con el recuento del material empleado en las intervenciones quirúrgicas”). Aparte de lo anterior queda acreditado -a la vista singularmente de la pericial forense- que la presencia de las gasas habría contribuido a provocar una infección, origen del sangrado inicial y del pseudoaneurisma (es decir, que el negligente abandono de las compresas abocó a la segunda intervención, por lo que debe asumirse la responsabilidad de sus consecuencias, con independencia de la praxis médica en esa cirugía), observándose además que medió un error diagnóstico -sugestivo también de mala praxis- que condujo a una planificación inadecuada de la operación, determinante del fatal resultado. Es revelador que el Instructor del procedimiento asuma plenamente esta concatenación de factores señalando “que si no se hubiese producido el olvido de las gasas en la primera intervención no se hubiese tenido que realizar una segunda. La causa directa

de la muerte fue debida a una segunda intervención, intervención mal planificada debido a un diagnóstico incorrecto”.

Respecto al daño asociado a la actuación médica se evidencia que, abocado el paciente a una segunda cirugía a causa de las gasas abandonadas en su cuerpo, el servicio sanitario ha de asumir el resultado dañoso de esa operación, sea cual fuere. En este caso, tanto el facultativo que rubrica la propuesta de resolución como el que informa a instancias de la compañía aseguradora apuntan a un título adicional de imputación al servicio público, pues con el ulterior error en el abordaje quirúrgico sufrió el enfermo “una pérdida de oportunidad” terapéutica, ya que “de haberse realizado la intervención en condiciones adecuadas (...) hubiese podido sobrevivir”, al situarse la mortalidad en este tipo de cirugías “entre un 6 % y un 10 %”.

En definitiva, se concluye que una sucesión de descuidos, imprudencias o desaciertos -imputables al servicio sanitario- deriva en el hecho del fallecimiento, tal como admiten la Administración reclamada y su entidad aseguradora, por lo que a juicio de este Consejo Consultivo, sin ahondar en cada una de las conductas o actuaciones merecedoras de reproche, es claro que procede la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración.

**SÉPTIMA.-** Con relación a la cuantificación del daño no existe divergencia de ningún tipo entre las partes, toda vez que la efectuada por los interesados con base en el baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación en las cuantías de aplicación al momento del fallecimiento -lo que asciende a un total para los ocho reclamantes de 687.727,98 euros- es asumida en su integridad y en todos sus términos tanto por la Administración sanitaria reclamada como por su compañía aseguradora.

No coincidimos, sin embargo, con la propuesta de resolución en la apreciación de que, en los términos de lo regulado en el artículo 34.3 de la LRJSP, no procede la actualización de las cuantías resarcitorias.

A propósito de esta cuestión ya en ocasiones anteriores (por todos, Dictamen Núm. 128/2018) advertimos que cuando se acude, como sucede en la reclamación que nos ocupa, al baremo 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, y pese a que el artículo 34.3 de la LRJSP establece que la actualización de la indemnización se producirá “a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística”, el Texto Refundido citado remite en su artículo 49.1 a un índice distinto al señalar que, “A partir del año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, las cuantías y límites indemnizatorios fijados en ella y en sus tablas quedan automáticamente actualizadas con efecto a 1 de enero de cada año en el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado”. Entendemos, por tanto, que el recurso al baremo de accidentes de tráfico a efectos del cálculo del monto resarcitorio impone que deba estarse también a lo previsto en él para su actualización, lo que nos lleva a tomar en consideración las cuantías indemnizatorias vigentes para los conceptos de perjuicio personal básico y daño emergente en el momento actual, en concreto las publicadas por Resolución de 2 de febrero de 2021 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (*Boletín Oficial del Estado* de 19 de febrero de 2021), lo que arroja los siguientes montantes resarcitorios: a) 176.900,21 € para la viuda del fallecido, b) 42.563,32 € para cada uno de sus progenitores, c) 188.863,95 € para uno de los hijos, d) 201.084,45 € para el hijo de menor edad y e) 16.224,63 € para cada uno de los hermanos del fallecido.

Al lado del resarcimiento económico, que nunca alcanza a compensar la pérdida del ser querido, merecen los reclamantes la reparación moral inherente a un abierto reconocimiento de la responsabilidad por la propia Administración.

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 del Principado de Asturias y, estimando la reclamación presentada, indemnizar a ..... en los términos 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.