

Dictamen Núm. 271/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de 2021, 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 15 de septiembre de 2021 -registrada de entrada el día 21 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la retirada del drenaje tras una apendicectomía.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 3 de febrero de 2021, el interesado presenta a través del Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye a la asistencia sanitaria recibida.

Expone que el 26 de octubre de 2018 fue sometido a una cirugía urgente en el Hospital por presentar “apendicitis aguda no complicada” y que “se decide dejar drenaje Penrose”.

Sostiene que en el proceso de retirada de este “se produjo, según (se) desprende de la historia clínica, una extracción parcial (...), quedando en el interior del abdomen un resto de 10 cm que provoca un cuadro de infección a nivel de la herida quirúrgica que no permite la correcta curación de la misma./ Dicha mala praxis médica hizo necesario que tuviera que volver a ser intervenido bajo anestesia local el 21 de diciembre de 2018 para extraerle un resto de Penrose de 10 cm./ Pese a ello, las infecciones de la herida quirúrgica no desaparecieron y, además, con la aparición de una fístula perdura también un cuadro de infección a nivel abdominal”, lo que requirió de una nueva operación “el día 28 de noviembre de 2019 para (...) la extirpación del resto apendicular (muñón) y trayecto fistuloso en bloque, no teniendo el alta definitiva hasta el 15 de junio de 2020”.

Cuantifica la indemnización que solicita en veintiocho mil doscientos ocho euros con veintinueve céntimos (28.208,29 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 3 puntos de perjuicio estético ligero, 3 intervenciones quirúrgicas, perjuicio por pérdida temporal de la calidad de vida (de los cuales 15 días de hospitalización serían graves, “3 días” (*sic*) graves, 126 días moderados y 258 días básicos) y perjuicio moral por limitación de actividades de desarrollo personal, a lo que añade un 0,90 % de incremento del Índice de Precios al Consumo.

Adjunta a su escrito una copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Diversa documentación médica relativa al proceso de referencia. b) Documento Nacional de Identidad y tarjeta sanitaria. c) Informe emitido por un especialista en Medicina del Trabajo y en Valoración Médica del Daño Corporal e Incapacidades.

2. Mediante oficio de 22 de febrero de 2021, 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 y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa petición formulada por la Instructora Patrimonial, el 18 de marzo de 2021 la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio instructor un CD que contiene una copia de la historia clínica solicitada y el informe elaborado por el Jefe del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo. Este último, tras analizar la historia del paciente, señala que “retrospectivamente todo el proceso de mantenimiento de la infección de la herida del antiguo drenaje está en relación con fístula de bajo débito del muñón apendicular y no guarda ninguna relación con la presencia de los drenajes”.

4. Con fecha 24 de junio de 2021, la Instructora Patrimonial solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV una copia de las imágenes del TAC realizado en diciembre de 2018.

El día 28 de ese mismo mes, la Gerencia del Área Sanitaria IV atiende al requerimiento formulado.

5. A continuación, obra incorporado al expediente el informe pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora por un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo el 14 de julio de 2021. En él indica que el paciente “fue informado (...) de los potenciales riesgos específicos del procedimiento, entre los que se detallan la fístula apendicular y la infección de herida”. Considera que “la técnica quirúrgica empleada es la más adecuada y ajustada a los estándares quirúrgicos para la resolución de la patología (...), siendo totalmente acorde a la normopraxis”. Explica que “todo procedimiento quirúrgico de apendicitis aguda está sujeto a la posibilidad de presentar una fístula apendicular, suponiendo un riesgo típico e inherente a dicha intervención”.

Concluye que “el paciente presentaba un plastrón inflamatorio local producto de la apendicitis aguda que fue la causa fundamental del posterior desarrollo de una fístula apendico-cutánea”.

6. Mediante oficio notificado al reclamante el 27 de julio de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Con fecha 2 de agosto de 2021, el interesado presenta un escrito de alegaciones en el que reitera el contenido de su reclamación.

7. El día 3 de agosto de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la correduría de seguros una copia de las alegaciones recibidas.

8. Con fecha 17 de agosto de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, suscribiendo íntegramente las consideraciones médicas y las conclusiones alcanzadas en el informe pericial elaborado a instancias de la entidad aseguradora.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de septiembre 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), 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 presentación de la reclamación el día 3 de febrero de 2021, más de un año después de la fecha en la que se produce la asistencia sanitaria que la motiva -26 de octubre de 2018-, nos

conduce a verificar cuándo tiene lugar en este caso la estabilización de las secuelas.

El interesado afirma que se produjo una mala praxis médica por la retirada parcial del drenaje tras la apendicectomía realizada el 26 de octubre de 2018, lo que provocó la necesidad de ser reintervenido en dos ocasiones más -el 21 de diciembre de 2018 y el 18 de noviembre de 2019- hasta la extirpación final del resto apendicular y trayecto fistuloso. En el informe pericial que se adjunta a la reclamación se considera el día 23 de enero de 2020 "como fecha de la estabilización lesional, aun cuando el alta por parte del Servicio de Cirugía General (...) se haya emitido con fecha 15 de junio de 2020, ya que a partir de dicha fecha no se ha realizado ninguna actuación médica encaminada a la mejoría de las patologías del paciente". Sin embargo, no habiéndose documentado terminantemente que las manifestaciones lesivas hubieran quedado fijadas o estabilizadas en fecha anterior al 15 de junio de 2020 -día de alta en el Servicio de Cirugía General y Digestivo-, y dado que es en esta revisión cuando se confirma "el cierre definitivo y no recidiva de la fístula", como explica el perito de la compañía aseguradora (folio 133), cabe concluir, en aplicación del principio *pro actione*, que la reclamación presentada con fecha 3 de febrero de 2021 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 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.

SEXTA.- En el presente asunto se imputan a la Administración sanitaria los daños y perjuicios que el reclamante asocia a la apendicectomía a la que se sometió en un hospital público.

Por lo que a la efectividad del daño se refiere, consta probado documentalmente en el expediente que el interesado fue intervenido el 26 de octubre de 2018 con el diagnóstico de apendicitis aguda, realizándose una apendicectomía de urgencia, lavados y colocación de drenaje, siendo alta el 2 de noviembre de 2018. En diciembre de ese mismo año tuvo que ser operado nuevamente por "infección de la herida quirúrgica secundaria a drenaje de Penrose retenido". Tras ser reevaluado por persistencia de la secreción y ausencia de cicatrización, en noviembre de 2019 fue sometido a una laparotomía exploradora por sospecha de "fístula muñón apendicular", con revisión de la herida quirúrgica y resección del muñón. Por tanto, ha de darse por acreditada la existencia de un daño cuyo alcance y evaluación económica determinaremos si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, la mera constatación de unos daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados surgidos en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

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

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia

alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el caso que nos ocupa el interesado sostiene que ha existido una “mala praxis médica” por cuanto se produjo una retirada parcial del drenaje tras la apendicectomía realizada el 26 de octubre de 2018, lo que provocó una infección mantenida y la necesidad de nuevas intervenciones hasta la resección del muñón apendicular y el trayecto fistuloso. En apoyo de sus imputaciones aporta un informe pericial suscrito por un especialista en Valoración del Daño Corporal e Incapacidades según el cual “en el proceso de la retirada del drenaje (Penrose) se produce (...) una extracción parcial del mismo, quedando en el interior del abdomen un resto de 10 cm que provoca un cuadro de infección a nivel de la herida quirúrgica que no permite la correcta curación de la misma”.

En contraposición a ello, el Jefe del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo, tras analizar la historia del paciente, indica que “retrospectivamente todo el proceso de mantenimiento de la infección de la herida del antiguo drenaje está en relación con fístula de bajo débito del muñón apendicular y no guarda ninguna relación con la presencia de los drenajes”. En términos similares se pronuncia el especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo que informa a instancias de la entidad aseguradora, quien afirma que “no existe una actuación incorrecta de los profesionales del (Servicio de Salud del Principado de Asturias), por lo que las secuelas que padece el paciente no pueden ser relacionadas con la existencia de una mala praxis”. Explica razonadamente que, pese a que el reclamante señala “como causa única y exclusiva” del desarrollo de la fístula posterior la presencia de un drenaje abdominal “retenido”, no se puede sostener esta afirmación porque el drenaje que se dejó tras la apendicectomía “fue retirado el día 01-11-2018, antes del alta hospitalaria del día 02-11-2018./ Durante el seguimiento en consultas externas, por la presencia y persistencia de una

infección de herida profunda, el cirujano que le atiende (...) el día 14-12-18 explora y limpia la herida colocando un nuevo drenaje tipo Penrose./ Posteriormente, ante la persistencia de la secreción purulenta se realiza un TAC abdominal donde se describe la presencia de un drenaje abdominal malposicionado". Según el especialista, "dicho drenaje solo puede corresponder al colocado en la consulta de Cirugía General (no se ven ni se describen dos drenajes) por lo que no significa que esté mal posicionado sino que está drenando la herida y el trayecto de la fístula, como es preceptivo". Incluye en su informe una imagen del TAC abdominal urgente (folio 137) realizado el 21 de diciembre de 2018, en la que se objetiva el drenaje Penrose colocado el 14 de diciembre de 2018 en consultas externas (y no retirado), sin que se observe "ningún otro drenaje Penrose retenido y/o retirado parcialmente desde la cirugía". Añade que en la imagen "también se visualiza en la pared abdominal el catéter urinario (sonda Foley) colocado a través del antiguo orificio y trayecto del drenaje Penrose (...) durante la cirugía inicial y extraído en su totalidad antes del alta hospitalaria". Y afirma que "esta imagen y el poder canalizar e introducir la sonda Foley por el antiguo trayecto descartan por completo la probabilidad de que hubiese quedado retenido parte del drenaje Penrose inicial".

A continuación, explica que tras la retirada del drenaje el 21 de diciembre de 2018 y la colocación de uno nuevo, y dado que la herida quirúrgica seguía expulsando "contenido purulento", se solicitó un TAC y una fistulografía que confirmaron la existencia de un "trayecto fistuloso entre el muñón apendicular y la piel", motivo por el cual se intervino al paciente el día 28 de noviembre de 2019. Indica que en los hallazgos intraoperatorios "se confirma la existencia del muñón apendicular fistulizado a la piel por lo que se realiza una resección laparoscópica del muñón apendicular y abierta del trayecto fistuloso". Y puntualiza que "no es total porque (...) presentaba un plastrón inflamatorio local producto de la apendicitis aguda que fue la causa fundamental del posterior desarrollo de una fístula apendico-cutánea".

Por último, cabe señalar que el informe pericial aportado por la compañía aseguradora de la Administración razona que “todo procedimiento quirúrgico de apendicitis aguda está sujeto a la posibilidad de presentar una fístula apendicular, suponiendo un riesgo típico e inherente a dicha intervención. Por todo ello, desafortunadamente es un riesgo que cualquier paciente que se someta a este tipo de intervención está obligado a soportar”. Y manifiesta no tener “nada que objetar a la información recibida por el paciente previa a la intervención”. En efecto, entre la documentación remitida por la Gerencia del Área Sanitaria IV figura el documento de “consentimiento informado para apendicectomía” firmado por el paciente, en el que se recogen, entre los riesgos típicos de esta intervención, los “escapes de líquido intestinal por el orificio donde anteriormente se encontraba el apéndice” y las “infecciones de la herida”. Asimismo, se advierte que no existen otras alternativas terapéuticas, “ya que el tratamiento de la apendicitis es únicamente quirúrgico”.

Frente a estas explicaciones técnicas y detalladas de la asistencia prestada, el reclamante se limita a presentar en el trámite de audiencia un escrito de alegaciones que en realidad es una copia de la reclamación inicial, por lo que no rebate las conclusiones de los facultativos informantes, inutilizando así el procedimiento administrativo en tanto que, según reiterada jurisprudencia, las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica. Al respecto, el juicio clínico ofrecido por el Jefe del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo y por el perito que informa a instancias de la compañía aseguradora, en tanto que profesionales sanitarios especializados en la materia, debe prevalecer lógicamente frente a la pericial de parte librada por un especialista en Valoración Médica del Daño Corporal e Incapacidades y en Medicina del Trabajo, que ni siquiera toma en consideración que nos enfrentamos a un

riesgo típico, inherente a la intervención practicada y vinculado, en este caso, con una fístula apendicular sin relación alguna con la presencia de drenajes.

En definitiva, no se ha acreditado que la asistencia sanitaria dispensada incurra en infracción alguna de la *lex artis ad hoc*, toda vez que las secuelas que el paciente presenta son secundarias a la fístula apendicular, complicación inherente al tratamiento quirúrgico indicado para la patología sufrida, y que se concreta a pesar de haberse dispuesto los medios adecuados y ejecutado una técnica quirúrgica correcta.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.