



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Quijano González, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

Excusa su asistencia:
Sr. Pérez Solano, Consejero y
Ponente

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 25 de febrero de 2004, ha examinado el *expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por Dña. xxxxxx xxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 21 de enero de 2004 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por Dña. xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx debido a los daños ocasionados como consecuencia de la presencia de un cuerpo extraño intraabdominal (pinza de Kocher), derivada de una intervención quirúrgica de extirpación de un tumor maligno realizada en el Hospital hhhhhhhhhh de xxxxxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 27 de enero de 2004, se procedió a darle entrada en el Registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 67/2004, iniciándose el cómputo del plazo para su evacuación, tal como dispone el artículo 53 del Decreto 102/2003, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su Ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- Dña. xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx ingresó el 15 de septiembre de 2002 para su intervención programada en el Hospital hhhhhhhh de xxxxxxxx. La paciente había sido estudiada en el Servicio de Digestivo por presentar hemorragia digestiva alta. Se le realiza endoscopia el 16 de julio de 2002 y se biopsia la papila duodenal. El 21 de agosto de 2002 se realiza una



Colangio-Pancreatografía Retrógrada Endoscópica (CPRE), identificándose la ampolla de vater que presenta aspecto de tumor maligno.

El 27 de septiembre de 2002 la paciente es intervenida quirúrgicamente hallando una tumoración de la ampolla de vater de 1 cm., realizándose duodenopancreatomía cefálica con reconstrucción en dos asas. Diagnóstico: adenocarcinoma de ampolla de vater (T1 N1 MO).

La evolución postoperatoria inmediata no presentó complicaciones médicas ni quirúrgicas, siendo dada de alta el 1 de octubre de 2002. La paciente continúa en revisiones los meses de noviembre y diciembre.

El 4 de febrero de 2003 la paciente acude a urgencias por cuadro de dolor abdominal acompañado de vómitos. Se realiza radiografía abdominal cuyos resultados son: *"signos de suboclusión de intestino delgado. Objetivándose la presencia de cuerpo extraño metálico abdominal"*. Ese mismo día es intervenida hallando una pinza de Kocher al nivel de la raíz del mesentérico con asas de intestino delgado introducidas por los orificios de la misma. Se procede a la liberación de las asas intestinales de la pinza, extrayendo la misma.

No se objetiva lesión intestinal y la evolución del postoperatorio transcurre sin complicaciones.

Segundo.- En cuanto al procedimiento de responsabilidad que surge como consecuencia de los hechos relatados, es básicamente el siguiente:

Mediante escrito de 4 de marzo de 2003, el Director Gerente del Hospital hhhhhh de xxxxxx acuerda la apertura de un expediente de responsabilidad patrimonial para determinar la procedencia del pago de indemnización a que hubiera lugar a favor de la paciente.

Se incorpora al expediente la historia clínica del citado hospital, así como los informes de unidades médicas y profesionales:

- Informe de la Inspección médica, de 20 de marzo de 2003, que concluye *"el diagnóstico de la intervención realizada el 4 de febrero de 2003 a Dña. xxxxxxxx xxxxxxxx fue: "suboclusión intestinal secundaria a cuerpo extraño peritoneal". Existiendo una relación causa-efecto entre dicho hecho inicial (intervención quirúrgica el 17-9-02) y el daño producido. Por todo lo expuesto*



anteriormente, considero que Dña xxxxxx xxxxxxx xxxxx puede tener derecho a una reparación económica".

- Informe del Doctor yyyyyyy, del Servicio de Cirugía General y Digestivo, de 10 de febrero de 2003. Manifiesta que en las revisiones de noviembre y diciembre de 2002, la paciente refería encontrarse bien, con mejor tolerancia a la comida, sin signos de esteatorrea (heces grasientas) y sin dolor abdominal. Por otro lado, tras la extracción de la pinza (4 de febrero) y hasta la fecha del informe (10 de febrero), su evolución se produce sin complicaciones, reanudando la dieta oral y restaurándose el tracto intestinal.

Tercero.- Cumplido el trámite de audiencia, la interesada, el 5 de agosto de 2003, formula las siguientes alegaciones:

"No sólo se produce el error inicial en la operación propiamente dicha, sino consecutivos errores posteriores al no detectar la presencia de un cuerpo extraño de gran volumen en el abdomen, en las revisiones realizadas con posterioridad a la primera operación, a pesar de que en dichas revisiones se han realizado exploraciones que podían ser en principio idóneas para que los facultativos que las realizaron, hubieran localizado el cuerpo extraño..."

Como conceptos a indemnizar, expresa en el escrito: *"estimamos indemnizable el perjuicio causado en su derecho a una recuperación adecuada en la primera operación... estimamos indemnizable el daño moral producido a la paciente, el periodo de hospitalización y recuperación de la segunda operación (...) la situación de la paciente ha obligado a que se traslade de su domicilio habitual en xxxxxx a un domicilio en xxxxxx (...) las secuelas que pueda padecer como consecuencia de la segunda intervención, y de los deficientes resultados de la primera"*.

En cuanto a la cantidad reclamada, dispone *"teniendo en cuenta los diferentes baremos empleados actualmente por la jurisprudencia, particularmente los referidos al olvido de cuerpos extraños en el interior del cuerpo del paciente, que habitualmente son objetos tales como gasas, pequeños arpones, etc. es decir, objetos de dimensiones muy inferiores al del caso actual, y con repercusiones físicas de menor entidad que las producidas en el presente caso, estimamos que nuestra reclamación se determine en 51.100 €."*

Se solicita en el escrito de alegaciones, la incorporación al expediente del acta de la reunión de la Comisión de Seguimiento del seguro.



Cuarto.- Con fecha de 10 de diciembre de 2003, por el Director General de Administración e Infraestructuras de la Consejería de Sanidad, se formula propuesta de Orden resolutoria en el sentido de estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad planteada.

Quinto.- La Asesoría Jurídica, el 29 de diciembre de 2003, informa favorablemente la citada propuesta de Orden.

Y, en tal estado del expediente, V.E. dispuso su remisión al Consejo Consultivo de Castilla y León para que evacuara dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León emite dictamen en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo prevenido en los artículos 4.1.h,1º y 19.2 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f) del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- Ante todo, procede señalar que concurren en la interesada los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y que la competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Además, la interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3ª.- El artículo 106,2 de la Constitución establece 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*".



La referencia constitucional a la Ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Tales preceptos han sido desarrollados reglamentariamente por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Se ha instruido el procedimiento con arreglo a lo previsto en tales preceptos.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 1-3-1998; 21-4-1998; 29-10-1998; 28-1-1999; 1 y 25-10-1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (dictámenes de 27-3-2003, expte. nº 183/2003; 6-2-2003, expte. nº 3583/2002; y 9-1-2003, expte. nº 3251/2003), la responsabilidad patrimonial de la Administración pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.



Además, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites razonables), sino que es preciso acudir al criterio de la *"lex artis"* como modo de determinar cuál es la actuación médica concreta, con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

4ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación formulada por Dña. xxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxx, de reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados como consecuencia de la presencia de un cuerpo extraño intraabdominal (pinza de Kocher), derivada de una intervención quirúrgica de extirpación de un tumor maligno realizada en el Hospital hhhhhhhh de xxxxxxxx.

Procede determinar por tanto, a la vista del examen de los requisitos que configuran el instituto de la responsabilidad patrimonial, si en el caso concurren los mismos, una vez acreditada la existencia de un daño evaluable económicamente e individualizado y que ha tenido su origen en el funcionamiento del servicio público sanitario.

Al efecto, la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2000, en un caso de similares características al que nos ocupa, ha dispuesto: *"... a) la culpa o negligencia médica surge con dotación de suficiente causalidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario y así lo ha reconocido esta Sala Tercera en relación con el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, en Sentencias de 13 de marzo, 7 de abril y 27 de diciembre de 1989, 19 de enero y 14 de diciembre de 1990, de la Sección Primera; 20 de febrero (y 25 de octubre de 1989, 8 de febrero de 1991, de la Sección Tercera; 5 de febrero y 20 de abril de 1991, 10 de mayo de 1993, de la Sección Sexta; 11 de febrero de 1991, de la Sección Séptima; y, en posteriores Sentencias, como la de 27 de noviembre de 1993, de esta misma Sección... b) También, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado en temas de actuación médica por responsabilidad extracontractual y ha adoptado criterio similar en relación con esta problemática en Sentencias de 23 de noviembre de 1990, 30 de julio de 1991, 4 de noviembre de 1992, 15 de marzo y 21 de septiembre de 1993, 8 de abril de 1996, completándose estos mismos criterios en Sentencias de 6 de julio de 1990 y en la posterior Sentencia de 11 de marzo 1996... c) Es reiterada la doctrina de esta Sala que considera esencial para que se estime la*



responsabilidad patrimonial de la Administración la existencia de un nexo causal directo e inmediato entre el acto imputable a la Administración y la lesión causal que para ser resarcible, ha de consistir en un daño real, habiendo precisado la jurisprudencia (en Sentencia de 6 de febrero de 1996, entre otras), que el nexo causal ha de ser exclusivo sin interferencias extrañas procedentes de tercero o del lesionado, pues aquella es una responsabilidad objetiva que ha de ser entendida en un sentido amplio, al tratar de cubrir los riesgos que para los particulares puede entrañar la responsabilidad del Estado, pero para que esa responsabilidad se haga efectiva, se exige la prueba de una causa concreta que determine el daño, en consecuencia, la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, como han puesto de manifiesto Sentencias como las de 24 de octubre y 5 de diciembre de 1995”.

Ciertamente, tal y como sostiene la reclamante, el examen y valoración de los hechos acreditados por el expediente no deja lugar a dudas acerca de la concurrencia en el supuesto que nos ocupa de todos y cada uno de los requisitos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Autónoma por anormal funcionamiento del Servicio Público Sanitario.

Así, determinado que las dolencias y molestias sufridas por la reclamante desde que tuvo lugar la intervención practicada el 27 de septiembre de 2002 hasta el 4 de febrero de 2003, fueron consecuencia del olvido de una pinza de Kocher en aquella intervención en la zona intraabdominal, ninguna duda cabe acerca de que tales perjuicios fueron resultado de una evidente mala praxis médica en la realización de aquella primera intervención citada, la llevada a cabo el 27 de septiembre de 2002.

La citada sentencia de la Audiencia Nacional señala: *“por otro lado, conviene señalar que el olvido de una gasa (en nuestro caso se trató de una pinza) en el proceso de una intervención quirúrgica constituye el fruto de una inobservancia de las más elementales reglas relativas a la utilización y tratamiento de tales compresas intraoperatorias, al no ponerse los medios y la atención necesarios en la realización de las tareas propias de tal intervención exigibles por la “lex artis”, que de haber mediado, sin duda habrían evitado el mal sufrido por la reclamante por la presencia de un cuerpo extraño en la cavidad abdomino-pélvica que produjo una reacción de fibrosis, encapsulamiento de la gasa y adherencias a pared abdominal y asas intestinales. Así lo entendía esta Sala y Sección en su sentencia de 8 de octubre de 1998”.*



Por todo ello, debe atribuirse a la Administración, en la prestación del Servicio Público Sanitario, la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de dicho servicio médico reclamada por la actora.

6ª.- Una vez fijada en los anteriores fundamentos la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario concretar la obligación reparadora que surge como consecuencia de la misma o, lo que es lo mismo, el "quantum" de la indemnización.

La extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce lo dispuesto en los artículos 106.2 de la Constitución y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre citados, al principio de la reparación "integral". De ahí que la reparación afecte a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente o el lucro cesante -artículo 1.106 del Código Civil-, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino también a perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris* (STS de 7 de octubre o 1 de diciembre de 1989), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SSTS de 23 de febrero de 1998). La anterior jurisprudencia es acertadamente recogida en la propuesta de Orden.

A la hora de efectuar la valoración, la propuesta de Orden resolutoria del expediente se hace eco de lo anteriormente dispuesto. Partiendo de la improcedencia de indemnizar las revisiones posteriores que se realizan sobre la paciente, que van encaminadas a buscar posibles recidivas del tumor, tampoco se consideran indemnizables los gastos por traslado de domicilio a xxxxxxx ni el salario de la cuidadora, habida cuenta que la intervención no produce secuelas ni limitaciones. Centra así la propuesta la obligación de indemnizar que recae sobre la Administración en la incidencia de la pinza de Kocher en el proceso de recuperación de la paciente, es decir, en el daño que se ha ocasionado a la paciente y que no tiene el deber de soportar, destacando que durante los meses que esa pinza estuvo en el cuerpo de la hoy reclamante no se objetó ningún daño.

Aplica por analogía en cuanto a la determinación final del *quantum* indemnizatorio una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de julio de 2001 (también, en parecido términos la del mismo Tribunal, pero



de fecha 5 de julio de 2002). En ella se juzga la reclamación de una *paciente que, tras una primera intervención, acudió a urgencias casi dos meses después con dolor abdominal, síndrome febril y sensación de distensión y timpanismo en abdomen, extrayendo finalmente una gasa y permaneciendo 10 días ingresada.* Al haber permanecido Dña. xxxxx xxxxx xxxxx cuatro meses y medio con la pinza dentro de su cuerpo, y tras la extracción de la misma tardó once días en recuperarse, se estima que la cantidad a indemnizar asciende a un total de 3.400 €, que comprenden la reparación integral de los perjuicios ocasionados, valoración que entendemos como acertada.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina favorablemente la propuesta de Orden parcialmente estimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial presentada por Dña. xxxxxxx xxxxxxx xxxxxxx por los daños ocasionados como consecuencia de la presencia de un cuerpo extraño intraabdominal (pinza de Kocher), derivada de una intervención quirúrgica de extirpación de un tumor maligno realizada en el Hospital hhhhhhhh de xxxxxxx, por entender que resulta conforme con el ordenamiento jurídico.

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