

En Logroño, a 15 de septiembre de 2009, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D. José María Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

69/09

Correspondiente a la consulta formulada, por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D^a R. M. L. T., sobre la intervención quirúrgica para extirpación de la vesícula biliar por vía laparoscópica, en la cual, uno de los clips usados durante la misma, quedó olvidado en el cuerpo de la paciente.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 12 de septiembre de 2008, D^a R. M. L. T. dirige, por correo certificado, un escrito dirigido al Servicio Riojano de Salud, siendo registrado en la Consejería el 15 del mismo mes, en solicitud de responsabilidad patrimonial, por importe de 300.000 euros, como consecuencia de las lesiones sufridas en relación con la intervención quirúrgica para extirpación de la vesícula biliar por vía laparoscópica, en la cual, uno de los clips usados durante la misma, quedó olvidado en el cuerpo de la paciente, haciendo constar el siguiente relato de hechos:

“Fue intervenida quirúrgicamente en el Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro el día 13 de febrero de 2007, para extirpación de la vesícula biliar por laparoscopia. Se trataba de una intervención no urgente, en paciente sin ningún tipo de contraindicación quirúrgica, dándosele el alta hospitalaria el 15 del mismo mes.”

Sin embargo, uno de los clips usados o que iban a ser usados durante la intervención, debió de quedar olvidado en el cuerpo de la paciente que, en los meses siguientes, migró y el cuerpo reaccionó a su presencia con una severa clínica. Ya en el mes de marzo de 2008, comenzó con fiebre, sudoración, tiritonas, cansancio y ligera pérdida de peso, por lo que se decide su ingreso para estudio en el mismo hospital, en el que permanece un mes, del 2-VI-2008 al 6-VI-2008, vislumbrándose, en los estudios de imagen y fundamentalmente en la TAC de 6-VI, un artefacto metálico como causa del absceso que sufre.

En dicha TAC, además, se indica que los clips que se utilizaron en la intervención aparecen sin signos de complicación en el mismo, lo que implica que no son esos clips los que se soltaron y migraron, sino que se trata de un artefacto distinto, a buen seguro otro clip que, por descuido, fue a parar al cuerpo de la paciente sin que nadie se apercibiera de este hecho, ni durante la cirugía ni después, al proceder a su recuento, si es que éste se llevó a cabo.

Dada la severidad de la complicación, fue de nuevo ingresada para control el 27-VII hasta el 1-VIII. El Servicio se reafirma en la causa de la sintomatología que presenta, como lesión inflamatoria que tiene un clip metálico como posible causa y que afecta tanto al riñón como al hígado de la paciente. Dada su situación, el Servicio de Urología descarta realizar intervención quirúrgica, como también opina el Servicio de Cirugía General.

Adjunta a su reclamación diversos informes médicos relativos a las asistencias y diagnósticos aludidos en su escrito de reclamación.

Segundo

En fecha 16 de septiembre de 2007, se dicta Resolución en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose Instructora del mismo. Posteriormente, se comunica a la reclamante diversa información relativa a la instrucción.

Tercero

En fecha 17 de septiembre, se solicita de la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja Hospital *San Pedro*, cuantos antecedentes existan de la atención prestada a D^a R. M^a L. T., su historia clínica relativa a la asistencia objeto de reclamación y, en particular, el informe de los Facultativos que le atendieron, así como se requiere la cumplimentación por parte de los Facultativos intervinientes, de los correspondientes partes de reclamación. La citada documentación consta a continuación en el expediente administrativo.

Cuarto

En fecha 26 de diciembre, se reclama informe a la Inspección Médica, que es evacuado en fecha 24 de marzo de 2009, y cuyas conclusiones, son las siguientes:

1°. *Que la paciente D^a R. M^a L. T. fue intervenida mediante la realización de una colecistectomía laparoscópica, intervención indicada para la patología que presentaba y en la que no consta que surgieran incidencias, siendo la evolución postoperatoria favorable. Previamente, había firmado el correspondiente consentimiento informado para la misma.*

2°. *Que 15 meses más tarde, y presentando un cuadro de fiebre de larga evolución, fue diagnosticada de la presencia de una lesión inflamatoria granulomatosa perirrenal y que contactaba con el hígado con un clip metálico en su interior en la proximidad de la cápsula hepática, que se señala como posible causa de dicha lesión sin que haya podido ser confirmado.*

3°. *Que el clip metálico localizado en la lesión es similar a los que presenta en la zona del lecho vesicular, por lo que puede considerarse como uno de los empleados en la colecistectomía laparoscópica, por otra parte, habitualmente utilizados en este procedimiento.*

4°. *Que, con los datos de que disponemos, no se puede determinar que se haya producido una mala praxis quirúrgica en la realización de la colecistectomía laparoscópica relacionada con la ubicación del clip metálico dentro de la lesión perirrenal, tal y como indica la reclamante, ya que podría tratarse de:*

-La migración posterior de un clip adecuadamente colocado, tal y como describe la literatura.

-Un clip metálico que quedó abandonado en el abdomen durante la intervención de manera inadvertida, dado que no constan incidencias durante el procedimiento quirúrgico.

-Un clip que, tal y como indica el Cirujano que realizó la intervención, esté ubicado dentro de la zona quirúrgica.

Queda reflejada en la bibliografía consultada la posibilidad de que, tras la realización de una colecistectomía laparoscópica, pueda producirse una migración de los clips metálicos desde su localización inicial dentro de la cavidad peritoneal. También se indica que no se trata de un hecho infrecuente la caída de clips a la cavidad abdominal durante una colecistectomía laparoscópica que, cuando se advierte intraoperatoriamente, suelen recuperarse sin gran dificultad pero, en ocasiones, inadvertidamente, pueden quedar abandonados en la cavidad abdominal.

5°. *Que, dado que no está claro el origen de la lesión, que esta permanece estable pese al tratamiento médico empleado, que el cuadro febril fue resuelto inicialmente y la sintomatología que refiere es un cuadro inespecífico de astenia, no se puede considerar inadecuada la decisión de realizar su seguimiento sin plantear nuevos tratamientos.*

Por lo expuesto, no se puede determinar que la actuación sanitaria no se haya realizado conforme a la lex artis, no habiéndose acreditado incorrección en la práctica médica denunciada.

Quinto

Consta, a continuación, en el expediente el informe pericial emitido a instancia de la Compañía aseguradora, cuyas conclusiones son las siguientes:

1.- *La paciente fue intervenida de una colelitiasis sintomática mediante colecistectomía laparoscópica.*

2.- *La indicación de cirugía era correcta de acuerdo con las pruebas de imagen y la sintomatología que presentaba.*

3.- *Antes de la cirugía firmó los documentos de CI para la intervención que se iba a realizar.*

4.- *La cirugía se realiza en tiempo y forma correctos, mediante un abordaje laparoscópico, tal como se realiza en la actualidad en todos los Centros.*

5.- *La anatomía patológica confirmó la necesidad de la intervención.*

6.- *Año y medio más tarde, es diagnosticada de un absceso ubicado en la zona posterior de la cavidad abdominal, en relación con la cara anterior del peritoneo posterior.*

7.- *Tras no encontrarse la causa del mismo, se pone en relación con un clip metálico, que quedó tras la intervención de colelitiasis.*

8.- *La teoría de que el clip metálico pudiera ser la causa del absceso, no solo es errónea, sino que además es imposible, en base a los puntos enumerados en las consideraciones médicas.*

9.- *También es un error creer que se realizan recuentos de clips en las intervenciones quirúrgicas.*

10.- *Es asimismo un error, creer que un clip pueda emigrar al retroperitoneo.*

11.- *De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que trataron a la paciente, lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la "lex artis".*

Sexto

El 5 de mayo de 2009, se notifica a la Sra. L. T. la apertura del trámite de audiencia, compareciendo la misma al día siguiente obteniendo copia de todo lo actuado, presentando escrito de alegaciones por correo certificado, que tiene su entrada en la Consejería en fecha 19 del mismo mes.

Séptimo

El 14 de julio, se dicta Propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación interpuesta, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos mediante informe de fecha 3 de agosto.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 4 de agosto de 2009, registrado de entrada en este Consejo el día 2 de septiembre de 2009, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 2 de septiembre de 2009, registrado de salida el mismo día, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una Propuesta de resolución.

El art. 11,g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Disposición Adicional 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública, cuando la cuantía de las reclamaciones sea indeterminada o superior a 600 euros. La cuantía ha sido elevada a 6.000 euros por la Ley 5/2008, que ha dado nueva redacción al citado precepto, por lo que, reclamándose la cantidad de 300.000 euros, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPC), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de 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 normal o anormal de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así, como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Lo anterior es también predicable para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien en estos casos y como señala la Propuesta de resolución, la obligación del profesional médico y la administración sanitaria es una obligación de medios y no de resultado, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, o lo que es lo mismo, no tendrían la condición de antijurídicos, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

Como venimos indicando con reiteración al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primera que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Para detectar tales causas el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Sólo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirva la ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, y de si concurren o no criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirva la ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

En el caso sometido a nuestra consideración, la existencia de esa relación de causalidad, *prima facie*, entre el daño alegado por la reclamante y la actuación administrativa, parece indiscutible, pues los propios Facultativos que han atendido a la S^a L. T. atribuyen sus dolencias al efecto producido por unos de los clips metálicos, que se utilizaron en la intervención quirúrgica, por lo que, siguiendo con la doctrina general anteriormente referida, habría que examinar la concurrencia de los criterios positivos o negativos de imputación. Sin embargo, tras la prueba pericial obrante en el expediente administrativo, la cosa no parece tan clara, pues el citado informe pericial es taxativo al considerar que la teoría del clip metálico como causa del absceso, no sólo es errónea, sino que además es imposible. A estas contundentes conclusiones se llega, señalando que los clips empleados en todas las cirugías son de un material inerte, el titanio, que no presenta ningún tipo de reacción a cuerpo extraño, siendo tolerado perfectamente por el organismo. Además, los mismos clips metálicos se pusieron y dejaron en el lecho vesicular y no produjeron ningún tipo de reacción, por lo que no parece sostenible mantener que cinco de esos clips no hicieran reacción de ningún tipo y que un sexto, que queda en la zona perirrenal, la produzca al cabo de año y medio. Por último, se indica que la posibilidad de que clip hubiera emigrado hacia el retroperitoneo supone un “claro desconocimiento de la anatomía”. La celda perirrenal, flanqueada por la cara latero inferior derecha del hígado, y la pared del diafragma, junto con las últimas costillas derechas, en donde se sitúa el absceso, está dentro de la cavidad peritoneal, no es el retroperitoneo, sino la cara anterior del peritoneo posterior. El clip, por lo tanto no ha podido emigrar y pasar del peritoneo posterior al espacio retroperitoneal, sino que quedó alojado en la parte posterior de la cavidad abdominal, lugar en el que quedan la mayoría de ellos tras el lavado del lecho

vesicular al ser la porción más en declive. La aparición de un absceso en la región posterior de la cavidad abdominal, en la celda perirrenal, puede tener múltiples etiologías, entre ellas el origen renal, la existencia de un hematoma con posterior sobreinfección, una microperforación de la pared posterolateral del colón por una espina de pescado o por una pequeña zona de necrosis. Por último, el citado informe pericial determina que en ningún caso se realiza un recuento de clips, sino que colocan los que se consideran necesarios. En algunas intervenciones se emplean hasta 3 ó 4 endoaplicadores de varios tamaños y nunca se cuenta el número de clips que se han colocado, ni se revisa si alguno se ha soltado, al no tener ninguna trascendencia.

Con independencia de las manifestaciones realizadas en el escrito evacuando el trámite de audiencia acerca de la falta de imparcialidad de sus redactores, lo cierto es que, no se sabe a ciencia cierta cuál es la causa del absceso que presenta la reclamante, ni cuántos clips metálicos se utilizaron en la intervención, ni cuáles eran las características de los mismos. Parece discutible, la afirmación del informe pericial, acerca de lo inútil de llevar a cabo un recuento de los clips utilizados en la intervención quirúrgica, cuando es sabido que se recuentan por ejemplo hasta las gasas utilizadas, siendo habitualmente, causa de condena a la Administración o a los Facultativos actuantes el hecho de olvidar material quirúrgico dentro del cuerpo del enfermo intervenido. Por otra parte, en el consentimiento informado que obra en el expediente, en ningún apartado se incluye como riesgo típico la posibilidad de que algún clip pueda desprenderse y quedar dentro de la cavidad abdominal del paciente. Si eso fuese algo habitual, como se indica en el informe pericial, seguramente estaría incluido en el consentimiento informado como un riesgo típico de la intervención. También es necesario señalar que, frente a la admisión por parte de la Administración sanitaria de que la causa del absceso, es un clip metálico de los utilizados en la intervención quirúrgica que se le realizó a la S^a L. T., el informe pericial no da respuesta alguna a cuál sea la causa del absceso, limitándose a enunciar unas posibles causas, entre las que se encuentra la acción de una espina de pescado, que, en principio, y salvo prueba en contra, parece un instrumento menos peligroso que un clip metálico. Entendemos que, en un supuesto como el presente, debe operar una inversión en la carga de la prueba, y la falta de una explicación razonable sobre cuál pueda ser la causa de los padecimientos de la reclamante nos inclinan por considerar existente la existencia de relación de causalidad entre esos padecimientos y la actuación del sistema sanitario público, no habiéndose acreditado, por parte de la Administración, la concurrencia de criterios negativos de la imputación, por lo que debe considerarse existente la responsabilidad patrimonial exigida, pasando en el siguiente Fundamento a determinar el alcance de la responsabilidad exigida.

Tercero

Sobre la cuantía de la indemnización

La S^a L. T. reclama la cantidad alzada de 300.000 euros, en que valora los perjuicios derivados de la lesión inflamatoria por presencia de cuerpo extraño perirrenal, que contacta con el hígado de la paciente, incluidas las complicaciones ya sufridas y el riesgo permanente de sufrir otras incluso más graves. Sin embargo, en el expediente tampoco se ha acreditado prueba alguna tendente a acreditar cual puede ser la evolución de la situación física de la reclamante, si es que la misma puede conocerse.

Ya hemos indicado en otros dictámenes, que a la hora de determinar el alcance de las indemnizaciones, en este tipo de procedimientos, se considera adecuado partir como pauta, de la que aporta el sistema de valoración de daños corporales en accidentes de circulación que se contiene en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Ahora bien, dado que dicho baremo no tiene efectos vinculantes, salvo en lo relativo a los daños corporales sufridos en materia de accidentes de circulación y no dolosos, dicho baremo se tiene en cuenta como meramente orientativo, ajustándose la cuantía de la indemnización a las concretas circunstancias de cada supuesto.

Así, en el presente caso, tenemos constancia de que la reclamante ingresó en el Servicio de Enfermedades Infecciosas en fecha 2 de junio de 2008, siendo dada de alta en fecha 3 de diciembre del mismo año, lo que supone que como consecuencia de su situación física, ha estado siendo objeto de seguimiento y atención durante un periodo de 185 de días, de los cuales 37, lo fueron de ingreso hospitalario. Durante ese periodo de tiempo, la S^a L. T. fue sometida a diversas pruebas médicas, siendo objeto de tratamiento antibiótico. A partir de este punto, desconocemos cuál sea el actual estado de salud de la paciente, ni cuál ha sido la posterior evolución de su dolencia. Tampoco conocemos, cuál pueda ser la previsible evolución de la misma. Sin embargo, lo que no se puede es conceder una indemnización por unos hipotéticos riesgos, que no se han producido y que no se tiene la certeza de que se vayan a producir, lo que nos sitúa ante lo que los Tribunales, en la práctica forense, califican como "*actio non nata*". Por lo tanto, y aplicando el baremo ya mencionado al periodo de tiempo en el que existe constancia de haber recibido atención médica, obtendríamos la indemnización siguiente: 2.389 euros, por los días de ingreso hospitalario; y 4.182 euros, por los días transcurridos hasta el alta médica del Servicio de Enfermedades Infecciosas, considerando, a falta de prueba, que dicho periodo no incapacitó a la reclamante para sus ocupaciones habituales. Aplicando el factor de corrección habitual, obtendríamos una indemnización por importe de 7.228 euros. A esta cantidad, además, es necesario aplicarle una a tanto alzado en concepto de daño moral, por el hecho de tener que portar un cuerpo extraño en su organismo, cuya evolución se desconoce y que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y fijando

ese concepto indemnizatorio, de forma estimatoria, entendemos que debe elevarse la indemnización a percibir, hasta la cantidad global de 15.000 euros.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, en el presente caso, existe relación de causalidad entre el funcionamiento del sistema público de salud, y los daños denunciados por D^a R. M^a L. T.

Segunda

El importe de la indemnización a percibir por la misma, asciende por todos los conceptos a la cantidad de 15.000 euros, que deberá percibir en metálico efectivo con cargo a la partida presupuestaria correspondiente.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero