

Expediente Núm. 135/2010
Dictamen Núm. 128/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de abril de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 28 de abril de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por daños que atribuye a la asistencia sanitaria que se le dispensó en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 7 de julio de 2009, se presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al “Consejero de Salud”, en solicitud “del reintegro de gastos médicos (...) por error de diagnóstico y (...) denegación de la asistencia” en un hospital público.

La reclamante refiere que, “a principios del año 2007, comencé con una otitis sometiéndome a diversos tratamientos” y, que al no mejorar fue remitida

al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital "X" Consigna consultas en este Servicio, "entre otras veces, el 25 de octubre de 2007, el 31 de noviembre del mismo año, el 30 de enero de 2008", y que en ningún caso le habían pautado "un puro y simple drenaje". Afirma que se le comunicó la terminación del tratamiento y las pruebas a realizar, sin darle ningún tipo de diagnóstico, ni valorar su situación; que al decir que no notaba "ninguna mejoría" y que el estado en que se encontraba le "estaba causando una depresión" se le informa "que no se podía hacer nada más, que (se) tenía que acostumbrar a vivir con una pérdida de audición de un 40% en (su) oído derecho", es decir, "que no existe solución" y que la "patología es crónica".

Sigue relatando que el 16 de julio de 2008 acudió a la clínica del doctor que identifica, quien le manifestó "que lo que tenía era una cosa muy sencilla y de fácil solución (...): otitis serosa OD de larga evolución y se me aplica un tratamiento consistente en la colocación de un drenaje transtimpánico y la aspiración del moco". Dice que tras el mismo, su "estado comienza a cambiar, recupero audición y los zumbidos y dolores de cabeza desaparecen", que "debido a la infección que tenía, por el tiempo que llevaba padeciendo (...), y a la gran cantidad de moco acumulado en el oído, los dos primeros drenajes eran expulsados, por lo que (...) se me puso un drenaje definitivo" en marzo de 2009.

Indica que pasó a tener un 8,5% de pérdida de audición, normal para su edad. Considera que "ello prueba que si dicho tratamiento se me hubiera practicado en el Hospital `X` (...), el resultado hubiera sido el mismo, y yo no hubiera tenido que desembolsar los gastos (...) ni pasar por la situación que pasé". Añade que "ya en el año 1999, el Servicio de ORL del Hospital `X` consideró la posibilidad de realizarle una timpanostomía en el oído derecho". De todo ello se desprende -a su juicio- que "no se me dio la asistencia precisa para poder llegar a un correcto diagnóstico".

Dice que "no puede determinar si existe algún tipo de secuela" y se reserva acciones legales para su eventual reclamación.

Afirma que “la causa eficiente y directa que motivó mi estado actual fue (...) la negligencia médica, grave y culposa (...) con total olvido de la praxis médica y de los protocolos de actuación (...), omitiendo la asistencia que me hubieran tenido que prestar y que me hubiera evitado el tener que acudir a solicitar los servicios de la medicina privada”.

Cuantifica los daños “físicos y secuelas” en 2.222,92 €, en concepto de gastos de la asistencia médica privada recibida, más 10.000,00 € “en que se valoran las secuelas que (...) puedan quedar al no ser revisada por una dejadez del servicio médico y los daños morales (...), ya que ha sido la causa de que me viera obligada a someterme a un tratamiento por depresión (...). Trabajo como bibliotecaria y (...) en mi puesto de trabajo la gente me habla bajo, por lo que durante esos años me vi sometida a un estrés e impotencia importante”, solicitando una indemnización total de doce mil doscientos veintidós euros con noventa y dos céntimos (12.222,92 €).

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Informe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital “X” del día 25 de enero de 1999, según el cual la reclamante es conocida “por hipoacusia a temporadas debido a hipofunciones tubáricas (...) que en la penúltima revisión había sido incluida para drenaje en oído derecho (...). En la última revisión (...) las timpanometrías están alteradas (...) pero no tanto como para justificar ahora una punción timpánica con drenaje, ya que los timpanogramas no están planos y, a lo largo de una serie de exploraciones, mejoran y empeoran según tenga más o menos intensidad en sus problemas catarrales de oído medio”. Tras pauta de tratamiento hace constar que “se vuelve a comentar con la paciente que de momento no hay indicación de punción timpánica, aunque si en el futuro el timpanograma se aplanara y fuera rebelde durante cierto tiempo a la mejoría se valoraría otra vez la posibilidad de la timpanostomía y posible drenaje”. b) Dos hojas de interconsulta “preferente” al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital “X”, para valoración, por “otitis media serosa”. La primera del día 1 de febrero de 2007, consigna tratamiento, que “persiste clínica (...) taponamiento de oído (...). Otoscopia compatible con serosa”, y antecedentes de otitis serosa vista

con anterioridad en el mismo servicio, solicitándose valoración de tratamiento. Consta iniciado el episodio el día 22 de enero de 2007. La segunda, del día 31 de marzo de 2008, refiere persistencia de la clínica “con hipoacusia” y en “otoscopia, retracción tímpano”. Consta episodio por depresión, abierto el 5 de diciembre de 2007. c) Timpanogramas realizados en el Hospital “X” los días 25 de octubre de 2007, 30 de enero y 18 de abril de 2008. d) Audiometrías realizadas en el mismo hospital, los días 30 de noviembre de 2007, 30 de enero y 18 de abril de 2008. e) Informe de otorrinolaringólogo privado datado el 21 de agosto de 2008, según el que la reclamante consulta el “16 de julio de 2008 por presentar taponamientos en OD, autofonía, plenitud ótica, dolor en ocasiones. Presenta este cuadro desde hace unos dos años./ Ha tenido diversos tratamientos mucolíticos, antihistamínicos”. En exploración ORL presentaba “OD abombado, congestivo. Timpanograma plano. Hipoacusia. Transmisión OD en torno a 30 db”. En juicio clínico consigna “otitis serosa OD de larga evolución”, y en el apartado tratamiento, que “al haber estado sometida a múltiples ttos. médicos sin resultado, se decide de primera intención miringocentesis y aspirado de abundante moco en OD./ Colocación de drenaje transtimpánico el 18 de julio de 2008”. f) Cuatro facturas de la clínica del mismo médico, de los días 21 de agosto, y 7 y 19 de noviembre de 2008 y 18 de marzo de 2009, en concepto de 3 consultas y exploraciones y 3 drenajes realizados los días 18 de julio y 19 de noviembre de 2008 y 18 de marzo de 2009, por importe total de 1.660,00 €. g) Tres facturas de clínica privada en concepto de gastos de quirófano y farmacia, datadas el 18 de julio y el 19 de noviembre de 2008 (lleva el sello de pagado), y el 18 de marzo de 2009, cuya cuantía total asciende a 562,92 €. h) Audiogramas realizados por el servicio de prevención de una empresa privada los días 26 de octubre y 2 de diciembre de 2008, en los que consta una pérdida de audición en el oído derecho del 40,2% y del 8,5%, respectivamente. i) Examen audiológico realizado por otorrinolaringólogo privado el día 27 de octubre de 2008.

2. Mediante escrito de fecha 21 de julio de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica a la reclamante la fecha de recepción de su reclamación en el Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Por oficios datados el 15 y el 25 de septiembre de 2009, el Subdirector Médico del Hospital "X" remite copia de la historia clínica de la reclamante e informe del Servicio de Otorrinolaringología.

La historia clínica comprende documentos relativos a la asistencia prestada por el mismo servicio dimanantes de dos episodios. El primero, iniciado en 1998 y finalizado el día 22 de julio de 1999, según informe de alta de este día, refiere que la paciente es "conocida del Servicio por hipoacusia a temporadas debido a hipofunciones tubáricas, que en la actualidad se encuentra subjetivamente muy bien". Consta pautado tratamiento.

En las hojas de curso clínico figuran anotaciones desde el 22 de septiembre de 1998 hasta el 22 de julio de 1999 y a partir del día 8 de febrero de 2007, en el que acude "por nuevo episodio de obstrucción tubárica tras resfriado", siendo diagnosticada de "otitis serosa en OD". Como anotaciones figuran a continuación las siguientes: el 19 de abril, "mejoría notable"; el 25 de octubre "obstrucción nasal importante + hipoacusia OD"; el 30 de noviembre de 2007, "hipoacusia OD + acúfeno OD + sens. taponamiento", diagnosticándosele "ototubaritis" y pautándole "aerosoles" y revisión en 2 meses; el 30 de enero de 2008 "igual de audición", se realiza una audiometría, se pauta tratamiento y revisión en "6 meses"; el 18 de abril de 2008, que acude con "sensación taponamiento OD desde hace 6 meses (mejoró algo en octubre) + acúfeno OD + no otalgia", y se le diagnostica "ototubari OD"; el 18 de junio de 2008 refiere "otalgia dcha.", se le pauta tratamiento y revisión, y se le realiza un estudio audiométrico completo.

El informe del Servicio de Otorrinolaringología, datado el 24 de septiembre de 2009, consigna la asistencia prestada a la ahora reclamante entre el día 25 de

agosto de 1998, en que acude por primera vez “por presentar hipoacusia derecha, acúfenos derechos y mareo” y se le diagnosticó hipofunción tubárica derecha crónica, y el 18 de junio de 2008, fecha en que consulta por última vez en el referido Servicio. Durante ese periodo acudió a consulta o revisión en otras once ocasiones y en todas ellas “se realizaron las exploraciones y se establecieron los tratamientos que se consideraron más adecuados para mejorar la patología” que presentaba. Afirma que “esta paciente presentaba inflamaciones de la trompa de Eustaquio (ototubaritis) desencadenadas por catarros nasales de repetición, manifestándose por ello a temporadas. Estas inflamaciones conllevan una alteración en el funcionamiento de dicha trompa (hipofunción tubárica) que provoca la sintomatología que notaba la paciente (hipoacusia y acúfenos). En las exploraciones realizadas, los episodios eran bilaterales, más acentuados en el oído derecho así una máxima del 32% (21-09-98) y una mínima del 2% (18-04-08)./ En ningún momento (...) presentó moco dentro de la caja timpánica (otitis secretora)./ En este Servicio está establecido como protocolo que las ototubaritis de repetición se tratan habitualmente con procedimientos no quirúrgicos, estando estos reservados para determinadas situaciones en las que nunca estuvo la paciente”. Por último, añade que “la paciente en ningún momento manifestó su descontento con la asistencia recibida o el deseo de tener una segunda opinión respecto a su patología lo que se habría solucionado fácilmente remitiendo a la paciente al Servicio de Otorrinolaringología” del Hospital “Y”.

4. Obra incorporado al expediente informe de una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, datado el 7 de septiembre de 2009, suscrito por un Especialista en Otorrinolaringología.

Hace constar que “la ototubaritis es un cuadro clínico que sufren los oídos por problemas inflamatorios a nivel nasal. La inflamación de la mucosa de la nariz por cuadros catarrales, problemas alérgicos o de otra índole condiciona una mala función de la trompa de Eustaquio que no puede realizar correctamente su función de ventilar la cavidad del oído medio. En estas

circunstancias, ocurren fenómenos de alteración de la presión en el interior del oído medio, que acarrearán acúmulos líquidos en su interior y que provocan la entidad patológica que se llama otitis secretoria u otitis serosa. El tratamiento de este proceso se basa en medicación sistémica y local en la nariz que impida los fenómenos inflamatorios y que devuelva a la trompa de Eustaquio su función (...). La decisión de aplicar tratamiento quirúrgico en las otitis secretorias es facultativa, ya que el tratamiento quirúrgico se reserva para los casos que no reaccionan con tratamiento médico. En este caso, los médicos de Avilés aún no habían decidido su utilización pues estaba completando el estudio y la valoración de la evolución". Señala que con "la no asistencia a las consultas programadas posteriores la paciente impidió al Servicio de ORL de Avilés terminar el estudio y la valoración de su caso y la instauración de un tratamiento quirúrgico que solucionara su problema".

Concluye que "la paciente fue correctamente diagnosticada y tratada en el Hospital `X` en 1998./ En el año 2007 sufrió una recaída que, de nuevo, fue bien estudiada y se llegó a un diagnóstico correcto. Todo el estudio y tratamiento médico realizado a esta paciente es correcto y se llevó a cabo en el momento adecuado./ La decisión personal de la paciente de acudir a la medicina privada no está justificada por una falta de asistencia en la medicina pública (...). Su falta de continuidad en la consulta fue la causa de que el estudio quedara incompleto y no se instaurara el tratamiento quirúrgico". Afirmar que "los especialistas de ORL del Hospital `X` siempre actuaron de acuerdo a la lex artis ad hoc".

5. Con fecha 19 de octubre de 2009, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias emite el Informe Técnico de Evaluación. Consigna en el mismo que la otitis serosa "se define como la presencia de fluido en oído medio sin síntomas o signos de infección aguda. Puede ocurrir espontáneamente debido a una disfunción de la trompa de Eustaquio, como una respuesta inflamatoria tras una otitis media aguda, una infección viral del oído medio, debido a un barotrauma o a una alergia". Señala que la mayoría de estos episodios tiene un

comportamiento benigno con tendencia a la curación espontánea sin tratamiento médico ni quirúrgico, aunque las recurrencias son frecuentes. El tratamiento incluye medidas conservadoras de eficacia no establecida (...) y cirugía”, que “el manejo de la otitis serosa es controvertido. En los últimos 15 años se han publicado diversas Guías de Práctica Clínica que recogen recomendaciones basadas en la evidencia científica para el diagnóstico y tratamiento de la otitis serosa”, que “los tubos de timpanostomía están indicados cuando se necesita ventilación del oído medio a largo plazo. Se utilizaron inicialmente para controlar la hipoacusia asociada a la otitis serosa, y posteriormente para controlar las otitis media recurrentes y prevenir el colesteotoma adquirido. La decisión para su colocación debe hacerse de forma individualizada, teniendo en cuenta factores como eficacia, riesgo específico, efectos adversos a largo plazo y coste. Entre las complicaciones se han descrito timpanoesclerosis, atrofia/retracción timpánica y perforaciones permanentes”. Consigna bibliografía a propósito de la colocación de drenajes timpánicos, según la que “en una proporción elevada de casos, se realizaba un uso inapropiado de los mismos”; en la que se indica que disminuye “el efecto sobre la audición durante el primer año. Además, los efectos potencialmente adversos sobre el tímpano eran frecuentes” y recomienda “manejo conservador, esperando 6 meses si el derrame es bilateral y al menos 9 meses adicionales si es unilateral”.

Por lo que al caso se refiere, informa que “ha quedado acreditado que la paciente fue atendida” en el Hospital “X” por “hipofunción tubárica bilateral más acusada en OD desde el año 1998 y diagnóstico ocasional de otitis serosa OD. Recibió tratamiento conservador y siguió revisiones repetidas con evolución clínica fluctuante en la que se recogen períodos de mejoría notable. Se valoró la posibilidad de drenaje transtimpánico en 1999 que se pospuso dada su evolución clínica favorable, siendo alta por el Servicio de ORL ese año. El seguimiento clínico de su patología en el (Hospital “X”) se reinició en el año 2007, se hizo de forma regular y atendió a situaciones de mejoría, siendo interrumpido voluntariamente por la paciente, que en junio de 2008 optó por

acudir a la medicina privada./ Las recomendaciones de la literatura científica actual sobre el tratamiento de la otitis media serosa mediante la colocación de tubos de ventilación no son concluyentes; debe hacerse un seguimiento evolutivo teniendo en cuenta la intensidad de la pérdida de audición. Además, deben barajarse factores como la eficacia, riesgo específico y efectos adversos a largo plazo y coste./ El manejo diagnóstico y terapéutico de esta paciente en el Servicio Público de Salud, se ha adecuado a la práctica médica exigible y a los protocolos clínicos disponibles. No se ha apreciado error de diagnóstico ni omisión de asistencia médica. No se puede afirmar que haya existido relación de causalidad entre el acto médico y la naturaleza del daño producido”.

Concluye que “no se ha acreditado que haya habido un error de diagnóstico, ni omisión de tratamiento, causantes del daño sufrido por la paciente, cuya reparación por tanto no debe corresponder al Sistema Público de Salud./ La reclamación formulada no se considera pertinente y se propone desestimar la misma”.

6. Mediante escrito de 28 de octubre de 2009, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y del expediente completo a la correduría de seguros, respectivamente.

7. Con fecha 1 de marzo de 2010, se notifica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una copia de los documentos obrantes en el procedimiento. El día 18 de marzo se presenta en las dependencias administrativas y obtiene una copia del mismo compuesto por ciento veintisiete (127) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

El día 22 de marzo de 2010, la reclamante presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones, en el que considera que “nada ha conseguido demostrarse de adverso”, que “ha quedado demostrado que el otorrino al que me vi obligada a acudir específica que tenía el oído lleno de

mucosidad y lo que hace es realizar el tratamiento adecuado a fin de suprimir dicho problema". Dice que mostró su descontento con el tratamiento y con el diagnóstico, que la prueba de que se informó que tenía que aprender a vivir con una pérdida de audición del 40% es que no se le pautó tratamiento alguno que pudiera mejorar su estado físico y psíquico, que también refirió. Niega haber dejado de acudir a consultas.

A su juicio, han quedado acreditados los hechos básicos de la reclamación presentada, "que se me dejó de tratar (...) con el diagnóstico de una pérdida de audición de un 40%", con los correspondientes daños y trastornos psicológicos que me causaron una depresión.

Adjunta informe del médico de Atención Primaria del día 18 de marzo de 2010, según el cual la reclamante "estuvo con cuadro de depresión que precisó tratamiento farmacológico (...) desde diciembre 2007 hasta diciembre 2008. El tratamiento depresivo estándar es de unos 9 meses".

8. El día 14 de abril de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Sostiene en sus fundamentos que la reclamante "acudió voluntariamente (...) a los servicios de la medicina privada y la prueba diagnóstica que realizó para nada modificó el diagnóstico que se había realizado en el sistema público y no aportó ningún dato que revele un diagnóstico o una valoración inadecuada de aquél", y que "la jurisprudencia es unánime al considerar que el abandono voluntario de la sanidad pública impide reclamar posteriormente el reintegro de los gastos".

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de abril de 2010, registrado de entrada el día 4 de mayo de 2010, 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 y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada 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 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 7 de julio de 2009, y los efectos lesivos se han manifestado entre el 18 de julio de 2008 y el 18 de marzo de 2009, fechas entre las que se realizaron

los tres drenajes timpánicos cuyo coste reclama, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

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 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 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.- La reclamante interesa indemnización por gastos y daños morales, que atribuye a la asistencia sanitaria que se le dispensó en un hospital público.

La reclamante aporta facturas en concepto de consultas médicas, 3 drenajes timpánicos y quirófano, constando efectivamente abonada una de ellas, así como un informe médico del que resulta que fue tratada por depresión entre diciembre de 2007 y diciembre de 2008, por lo que debemos considerar acreditados unos daños.

También consta en el expediente que acudió a un médico privado que le realizó drenajes timpánicos los días 18 de marzo, 18 de julio y 19 de noviembre de 2008, y que había acudido a varias consultas al Servicio de Otorrinolaringología de un hospital público, desde el día 8 de febrero de 2007.

Dado que solicita el reintegro de los gastos realizados en la medicina privada, hemos de señalar que en diversos dictámenes anteriores, los Núm. 241/2006, 8/2007, y más recientemente en el Núm. 281/2010, ya abordamos la distinción entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los casos que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Respecto al citado reembolso, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, determina, en su artículo 4.3, las condiciones para que sea exigible el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados “fuera del Sistema Nacional de Salud”, disponiendo que el mismo solo resulta procedente en “casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital” y “una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.

La interesada, en lugar de solicitar el reembolso de gastos, ha optado por la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, alegando negligencia en la asistencia sanitaria que se le prestó en un hospital público. Nada obsta al planteamiento de una responsabilidad patrimonial cifrada

en el importe de los gastos sanitarios, si bien ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de responsabilidad patrimonial. Consecuentemente, habrá que analizar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable económicamente y antijurídico -en definitiva, un daño que la interesada no tenga la obligación de soportar-, y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Hemos de recordar entonces que la mera constatación de unos daños efectivos, individualizados y susceptibles de evaluación económica 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 aquellos se encuentran causalmente unidos al funcionamiento del servicio público y que son antijurídicos.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la 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. Este criterio opera no sólo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que la paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados ante los síntomas manifestados por el paciente, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios materiales disponibles o cuya disponibilidad razonablemente cabe exigir en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada, sin que la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

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.

La reclamante considera que en el hospital público no se le diagnosticó la otitis serosa que padecía, y que se le denegó la asistencia al considerar como crónica la pérdida del 40% de audición que presentaba. A su juicio, la recuperación de la audición tras los drenajes timpánicos realizados por el médico privado, y el hecho de que en 1999, el mismo servicio que ahora la

tratara hubiera aconsejado drenaje timpánico, muestran que no se le dio la asistencia debida, lo que la obligó -dice- a acudir a la medicina privada.

Sin embargo, la reclamante no ha aportado prueba alguna relativa a la relación de causalidad que afirma entre la depresión y la asistencia sanitaria que se le dispensó, pues en el informe médico que aportó, sólo consta el período durante el que fue tratada por dicho padecimiento.

El resto de pruebas aportadas no acreditan, como la reclamante pretende, que no se le hubiera dado la asistencia debida; pues, la colocación de drenajes timpánicos en la medicina privada no acredita negligencia, error de diagnóstico u omisión en la asistencia dispensada en el servicio público de salud. Tampoco cabe apreciar una distinta actuación del Servicio de Otorrinolaringología en el tratamiento de un episodio anterior. Si bien es cierto que en 1999 se había previsto la realización de un drenaje timpánico, no se llevó a la práctica pues los síntomas se resolvieron sin él, y la interesada permaneció asintomática más de 5 años. En última instancia, la pérdida de audición del 40%, que la reclamante consigna, se aprecia el 26 de octubre de 2008, 4 meses después de la última consulta en la medicina pública y tras un drenaje, y aquella no ha acreditado la audición eventualmente recuperada tras el último de los drenajes, en marzo de 2009.

Además, hay pruebas en el expediente que avalan la actuación seguida en el caso, constando que la reclamante fue vista en varias ocasiones en el Servicio de Otorrinolaringología del hospital desde el 8 de febrero de 2007. La hipoacusia a la que hace referencia solo se manifestó en octubre de ese año y mejoró inicialmente con el tratamiento pautado. La última consulta es del día 18 de junio de 2008 y en ella, al igual que en las anteriores, se le realizó una exploración y se le solicitaron estudios, pautándole tratamiento y revisión, sin que conste en el expediente que haya acudido a efectuar aquellos ni a la posterior revisión.

El informe técnico de evaluación señala que el drenaje timpánico es una práctica controvertida por sus potenciales efectos adversos y eventual pérdida

de eficacia durante el primer año, por lo que se aconseja actitud conservadora, como la que mantenía el hospital público al que acudía la reclamante.

Tanto el informe técnico de evaluación como el informe de un especialista en Otorrinolaringología consideran que la asistencia prestada en este caso ha sido correcta, y no consta que la reclamante haya acudido a realizar los estudios y revisión que se le indicó el día 18 de junio de 2008, última consulta a la que acudió, por lo que solo a su libre decisión pueden atribuirse los gastos por asistencia médica privada que ahora reclama.

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

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.