

Expediente Núm. 326/2010
Dictamen Núm. 129/2011

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 11 de noviembre de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en la red sanitaria pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de enero de 2010, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la perjudicada por los daños sufridos como consecuencia del anormal funcionamiento del servicio público sanitario.

Inicia su escrito relatando que “fue intervenida en el Hospital `X` en octubre de 2007 de mastoidectomía de oído izquierdo por colesteatoma que destruía la cadena osicular”, colocándole “una prótesis (...) de titanio”, continúa

señalando que “en el posoperatorio” presentó un “cuadro de herpes zoster ótico, padeciendo cuadros de inestabilidad”, por lo que acudió “en mayo de 2009 al hospital” donde se le diagnosticó “laberintitis postmastoidectomía”, por lo que se le “practicó una otomicroscopia” y se “halló una extrusión de prótesis”. El día 28 de mayo de 2009 se le realizó “con anestesia general una retirada de la prótesis, observándose en plena cirugía la prótesis rota en dos trozos con la porción distal incrustada en la ventana oval”. Añade que todo ello supone “que durante un año y medio” estuvo “padeciendo las consecuencias físicas de una prótesis rota en el interior” de su oído, lo que le ocasionó “molestias, dolores y vértigos de continuo”, hasta que “se detectó el origen de dicho mal, consistente en la colocación o bien de una prótesis rota, o bien de una prótesis defectuosa” y “con el paso del tiempo fue rompiendo en el interior del oído hasta partirse en dos definitivamente”.

Finalmente, indica que todo ello “se traduce en un cuadro de *pecunia doloris* que abarca los padecimientos sufridos durante el año y medio que medió entre una y otra intervención, así como el segundo internamiento hospitalario y el enfrentamiento a una intervención quirúrgica con anestesia general, más el posoperatorio correspondiente”, por lo que solicita “una indemnización por daños y perjuicios” que cuantifica en veinticinco mil euros (25.000 €).

2. Mediante escrito notificado el día 16 de febrero de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio instructor) comunica a la interesada la fecha de su reclamación en la Administración del 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. Mediante escritos registrados los días 16 y 22 de febrero de 2010, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital “X” remite al Servicio instructor copia del “parte de reclamación (Seguro de responsabilidad sanitaria)” girado a la correduría de seguro, así como la historia clínica -en la que consta una

intervención realizada en el Hospital "Y" - y el informe del Servicio de Otorrinolaringología, en el que consigna que "el colesteatoma es una enfermedad potencialmente peligrosa, en la que el objetivo principal de la intervención es erradicarla", no obstante otro objeto secundario de la cirugía "es restablecer la función auditiva"; añade que el "herpes zoster ótico que presentó la paciente en el posoperatorio inmediato es una infección vírica que produce una alteración del equilibrio". Continúa el informe señalando que a la "paciente se le colocó una prótesis de titanio para sustituir a la cadena osicular que tenía destruida por el colesteatoma", si bien dichas prótesis "no presentan un cuerpo extraño hostil para el organismo", pero debido a "la mala función de la trompa de Eustaquio con atelectasia del tímpano a causa de la presión negativa intratimpánica, pueden presionar sobre la membrana timpánica y sobre la platina del estribo, perforándolas. Es lo que ocurrió en este caso en el que se observó una extrusión de la prótesis de titanio, a la vez que se introdujo en el vestíbulo. El que la prótesis estuviera fragmentada en el momento de su extracción no quiere decir que así fuera en el momento de colocarla (...) lo que por otra parte tampoco hubiera causado ningún problema salvo la falta de recuperación de la audición (...). Los síntomas que la paciente refiere de vértigos no fueron causados por que la prótesis se hubiera partido sino por la intrusión de la misma dentro del vestíbulo, lo cual puede ocurrir como resultado de la mala función de la trompa de Eustaquio".

4. Con fecha 8 de abril de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias suscribe el correspondiente informe técnico de evaluación en el que, tras analizar la reclamación presentada y la actuación de la Administración sanitaria, emite una valoración en el mismo sentido que el informe del especialista citado y concluye que "la actuación de la Administración Sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la *lex artis*", por ello entiende que la reclamación interpuesta debe ser desestimada.

5. El día 15 de abril de 2010, el Jefe del Servicio instructor remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y del expediente a la correduría de seguros.

6. Con fecha 7 de mayo de 2010, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por un especialista en Otorrinolaringología, que afirma que a la paciente “se le realizó una intervención perfectamente indicada para tratar su proceso” -colesteatoma- en la que “se colocó una prótesis” de titanio que es “la técnica recomendada”. También señala que “es normal que cuando el (implante) está sometido a tensiones, por las fuerzas que tienden a sacarlo del oído medio, pueda fragmentarse y que previamente a la fractura se introduzca en el orificio de la ventana oval perforando la estructura ósea del estribo”. La paciente “sufrió un cuadro de infección por virus herpes que le provocó un cuadro de inestabilidad” y que “simultáneamente” sufrió “un rechazo” de la prótesis. Ambas “circunstancias patológicas no surgen por ninguna actuación médica errónea, ni negligente, tampoco dependen de un fallo técnico en la propia prótesis, sino que obedecen a circunstancias del propio paciente que no se pueden evitar”. Concluye afirmando que “tras la persistencia del cuadro de inestabilidad” se decide “el tratamiento quirúrgico adecuado” que “consiguió resolver el problema de la paciente”.

7. Mediante escrito notificado el 19 de julio de 2010, se comunica a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el procedimiento. Transcurrido el plazo establecido, la reclamante no formula alegaciones.

8. El día 25 de octubre de 2010, el Jefe del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en sentido de desestimar la reclamación presentada, sobre la base de argumentos similares a los vertidos en el informe técnico de evaluación.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 11 de noviembre de 2010, registrado de entrada el día 16 del mismo mes, 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 26 de enero de 2010, habiendo tenido lugar la extracción de la prótesis el día 28 de mayo de 2009, 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.

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 reclamación se formula por los daños físicos y morales padecidos por la interesada con motivo, a su parecer, de una incorrecta asistencia sanitaria, consistente en la colocación de una prótesis rota o defectuosa.

La realidad del daño físico alegado -molestias, dolores, vértigos, segunda intervención- ha quedado acreditada mediante los informes médicos aportados al procedimiento, y, dejando ahora al margen tanto la existencia de los daños morales y la cuantificación económica que, en su caso, deba efectuarse, cabe entender que ha sufrido un daño que reúne los elementos necesarios para legitimar el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial que se materializa en el presente asunto.

No obstante, como hemos sostenido en numerosos dictámenes, la realidad de un daño surgido en el curso de la asistencia sanitaria recibida no debe significar, por sí misma, la declaración de responsabilidad patrimonial, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer a la reclamante el derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. En concreto, hemos de analizar si existe relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso alegado.

Antes de efectuar cualquier consideración en relación con el caso objeto de consulta, hemos de recordar, como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, que 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 un paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica y sanitaria 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 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.

En el presente caso se atribuye a la Administración la existencia de una atención sanitaria que habría causado los daños cuya indemnización se pretende. Sin embargo, pese a que le incumbe la carga de la prueba de los hechos que alega, la interesada no ha desarrollado la menor actividad probatoria de este nexo causal, pues se limita a presentar un escrito de reclamación sin más documentación, dejando incluso transcurrir el trámite de audiencia sin tomar vista del expediente ni formular alegaciones, acompañadas de los documentos y justificaciones que estimara pertinentes en apoyo de su pretensión. En consecuencia, este Consejo Consultivo debe formar su juicio sobre el respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada a la interesada con base en la documentación que obra incorporada al expediente remitido, la cual no ha sido discutida por aquella.

Ateniéndonos a dicha documentación, ha quedado demostrado que a la interesada se le diagnosticó correctamente en el hospital público la enfermedad que padecía -un colesteatoma que afecta de forma importante a la audición-, y que se procedió a la intervención quirúrgica en el Hospital "Y" -erróneamente, en la reclamación se cita el Hospital "X"-, colocando una prótesis de titanio en el oído izquierdo, el día 31 de octubre de 2007, según consta en el

informe de alta, en el que también se indica que “el curso postoperatorio transcurrió sin incidencias”. Consta igualmente que a “los 21 días (...) la paciente presentó síndrome herpes zoster” y dado que seguía “presentando crisis de inestabilidad”, se decide remitirla al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital “X”, donde se considera que dicha infección vírica no debe atribuirse “a la intervención ni a la prótesis”. El especialista del Hospital “X” añade en su informe que “parte de los vértigos, hipoacusia y sensación de desequilibrio posterior de la paciente pueden atribuirse” a dicha infección. No obstante, tras realizar distintas pruebas, se concluye que existe una “extrusión de prótesis”, por lo que se decide que ingrese el día 28 de mayo de 2009 en el del Hospital “X” para realizarle ese mismo día “una retirada de prótesis”, según consta en el informe de alta del día siguiente, en el que se precisa que “en la cirugía se observa prótesis rota en dos trozos con la porción distal incrustada en la ventana oval”, se “sella la ventana” y la paciente cursa un “posoperatorio sin incidentes”.

Frente a la nula actividad probatoria -pese a que le incumbe la carga de la prueba- sobre la posible colocación de “una prótesis rota” o “defectuosa” que denuncia la interesada, de la documentación incorporada al expediente concluimos que no resulta acreditado que la prótesis fuera defectuosa; por el contrario, los especialistas niegan que al momento de su implante la misma pudiera estar rota, y explican que puede “fragmentarse” cuando se produce una extrusión de la prótesis, al ser sometida a “tensiones por las fuerzas que tienden a sacarlo del oído medio”. Por ello, niegan de manera expresa que los síntomas que padecía la paciente pudieran derivarse de la implantación de una prótesis defectuosa, dado que en tal hipótesis únicamente se habría producido una falta de recuperación de la audición. Los informes técnicos incorporados al expediente coinciden finalmente en atribuir los síntomas patológicos de la paciente, y la necesidad de llevar a cabo la segunda intervención, al rechazo de la prótesis, debido a “la mala función de la trompa de Eustaquio que se observó en la paciente en el postoperatorio al evolucionar hacia una atelectasia del tímpano”, según se deduce del informe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital “X”.

En definitiva, este Consejo entiende que no puede afirmarse que los daños físicos alegados -molestias, dolores, vértigos, segunda intervención quirúrgica- fuesen consecuencia de la colocación de una prótesis rota o defectuosa, ni que guarden relación con la asistencia recibida en los servicios públicos sanitarios. Consideraciones suficientes para descartar la responsabilidad patrimonial que pretende la interesada y que nos eximen de realizar cualquier otra acerca de la cuantía indemnizatoria demandada y de los conceptos que la integran.

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.