

Expediente Núm. 70/2011
Dictamen Núm. 324/2011

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 3 de noviembre 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 14 de marzo de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños ocasionados en varias piezas dentales en el transcurso de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de junio de 2010, la perjudicada presenta en el Servicio de Atención al Usuario del Hospital un escrito manifestando que durante una intervención quirúrgica con complicaciones se le movieron cuatro dientes en la mandíbula superior.

Adjunta copia del presupuesto elaborado por una clínica odontológica, de 28 de mayo de 2010, en concepto de exodoncia simple de cuatro dientes permanentes, dos implantes y cuatro coronas, por importe de cuatro mil cuatrocientos cincuenta y siete euros con setenta céntimos (4.457,70 €).

La citada documentación se remite por el Servicio de Asuntos Generales de la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias al Servicio instructor y tiene entrada en la Administración del Principado de Asturias el día 16 de junio de 2010. Junto al oficio de remisión correspondiente figura un informe, de 14 de mayo de 2010, emitido por una doctora del Servicio de Otorrinolaringología del hospital en el que consta que la interesada fue alta en fecha 22 de marzo de 2010 "con diagnóstico de edema de Reinke y procedimiento quirúrgico realizado microcirugía laríngea", añadiendo que se elabora "informe adicional para señalar que debido a las dificultades de intubación con laringoscopio rígido se produjo la movilización de los cuatro incisivos superiores./ La paciente continúa a revisión en consulta externa" de este Servicio.

2. Mediante escrito de 25 de junio de 2010, que consta recibido el día 5 de julio, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica 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 el plazo y los efectos de la falta de resolución expresa.

3. Con fecha 2 de julio de 2010, el Jefe del Servicio instructor solicita a la Gerencia del Hospital una copia de los documentos de la historia clínica de la reclamante que enumera: a) informe de alta, b) consentimiento informado para anestesia general y c) hoja de anestesia.

En respuesta a la petición, el día 12 del mismo mes se recibe en el Servicio instructor una copia de la siguiente documentación:

a) Informe de alta, de 22 de marzo de 2010, en el que constan los resultados de la exploración realizada y, entre ellos, “laringe: contractura, no colabora” y “fibroscopia: edema de Reinke bilateral”. Asimismo, figura que tras “control evolutivo con indicación de abandono de hábito tabáquico, que no hace, persistencia clínica y exploración, por lo que se propone realización de intervención quirúrgica./ Previo estudio preoperatorio que no la contraindica, se efectúa el 22-3-10 microcirugía laríngea. AG: no se visualizan las cuerdas por encima de 1/3 post. Se aspira edema de Reinke de CVD./ Posoperatorio inmediato sin incidentes, alta hospitalaria el día de la fecha”.

b) Documento de consentimiento informado para microcirugía laríngea, firmado por el facultativo encargado y la paciente el día 21 de octubre de 2009, en el que se indica en qué consiste la intervención, así como los riesgos típicos y los riesgos poco frecuentes de la misma. En el apartado de riesgos típicos se consignan, entre otros, la “pérdida de piezas dentarias, sobre todo si se encuentran en mal estado, causadas por el instrumental que hace presión en la boca durante la intervención. / Contusiones en los labios o la lengua ocasionados por el instrumental”.

c) Hoja de antecedentes personales, exploración física y pruebas complementarias para anestesia, de 14 de enero de 2010, en la que consta la observación de “laringoscopia dificultosa” y resulta ilegible la indicación recogida en el apartado ASA; hoja de evaluación preanestésica, de 22 de marzo de 2010, y hoja de anestesia de la intervención practicada ese mismo día.

d) Hoja de evolución posquirúrgica con anotación, entre otras, del alta hospitalaria y, el día 14 de mayo, indicación de que “continúa la disfonía (...). Persistencia de edema./ Se amplía informe por movilidad dentaria por la MCL”.

4. El día 18 de agosto de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él describe los hechos y procede a su valoración indicando que la causa del daño en las piezas dentales “se debe fundamentalmente a dificultades

anatómicas para la intubación (...) o al mal estado de las piezas dentarias (...) que producen movilidad de los dientes en las encías y los hace más vulnerables a los posibles traumatismos durante la intubación. También pueden producirse en pacientes con dentaduras sanas./ En el presente caso, la causa (...) fue la dificultad para la intubación que presentaba la paciente". A juicio de la informante, la reclamación debe ser desestimada, "ya que, aceptando la existencia de nexo causal entre la actividad sanitaria y el daño alegado, este no tiene carácter antijurídico. El daño alegado constituye la materialización de un riesgo típico de este tipo de procedimientos que la paciente conocía y aceptó, firmando el documento de consentimiento informado donde se hacía referencia al mismo".

5. Mediante escritos de 20 de agosto de 2010, 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.

6. Con fecha 14 de octubre de 2010, se comunica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

7. Durante el trámite de audiencia, con fecha 3 de noviembre de 2010, la reclamante presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones. En él, partiendo del hecho de que "por la Administración se reconoce tanto la realidad del daño cuanto que el mismo trae causa de la actuación administrativa", afirma que limita su alegación a argumentar sobre el carácter antijurídico del daño. Para ello invoca que "constituye jurisprudencia constante y uniforme que 'no admite justificación que se interprete que la existencia de un consentimiento permita descuidar el deber de diligencia que incumbe al facultativo, al que le corresponde desarrollar una correcta praxis médica'". En

apoyo de su tesis reproduce *in extenso* diversos fundamentos jurídicos de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Concluye su escrito fijando la indemnización que solicita en diecisiete mil treinta y nueve euros con noventa y seis céntimos (17.039,96 €), que extrae de la suma que corresponde a 99 días de curación impeditivos y 153 no impeditivos, 4 puntos de secuelas y los gastos por la pérdida de las cuatro piezas dentarias.

El Servicio instructor da traslado de una copia de estas alegaciones a la compañía aseguradora el día 9 de noviembre de 2010.

8. El día 9 de febrero de 2011, se notifica a la interesada un escrito del Jefe del Servicio instructor en el que se la requiere para que determine de manera exacta la cuantía que definitivamente establece como indemnización, al observar divergencia entre la deducida en su escrito inicial y la fijada en las alegaciones.

En respuesta a lo requerido, la interesada confirma, el día 22 del mismo mes, que reclama ser indemnizada en la cuantía especificada en el trámite de audiencia.

9. Con fecha 23 de febrero de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, con una argumentación y un fundamento análogos a los recogidos en el informe técnico de evaluación.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de marzo de 2011, registrado de entrada el día 17 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), esta 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 2 de junio de 2010, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae

origen -la intervención quirúrgica en la que se origina la movilización dentaria- el día 22 de marzo del mismo año, 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 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.- Funda la reclamante su pretensión indemnizatoria en el hecho de haber sufrido daños -movilización- en cuatro piezas dentales tras una intervención quirúrgica.

La realidad de unos daños en cuatro dientes de la paciente es asumida sin reservas por la Administración sanitaria y consta en los documentos emitidos por una clínica privada a la que la interesada prevé encomendar su reparación. En consecuencia, aceptada la realidad de un daño físico, no ofrece duda que este reviste un carácter efectivo, individualizado y evaluable económicamente, al margen de cuál haya de ser su concreta valoración; cuestión que habremos de abordar más adelante si concurrieran el resto de los requisitos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial que se pretende.

Ahora bien, concretado el hecho dañoso, que este haya tenido lugar en el curso de la actividad del servicio público sanitario no puede determinar, sin más, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que ha de guardar, como ya hemos expuesto en la consideración anterior, una relación de causalidad jurídicamente relevante con la asistencia sanitaria prestada y ha de resultar antijurídico.

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

este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por 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. También hemos de señalar 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.

A los efectos del análisis de esta cuestión, hemos de partir, en primer lugar, de considerar que la intervención quirúrgica consistente en microcirugía laríngea constituye una obligación de medios, y, en segundo lugar, que la actuación de los facultativos que desempeñaron la asistencia médica correspondiente -dado que en ningún momento durante la tramitación del procedimiento ha sido discutida ni cuestionada por la interesada- fue correcta y no negligente o, lo que es lo mismo, acorde a la *lex artis ad hoc*.

Asimismo, debemos referirnos a la diversa índole de daños y lesiones que todo tratamiento médico puede generar para, a continuación, concretar la naturaleza de los producidos en el presente supuesto. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 5 de junio de 1991, Sala de lo Social) distingue dos supuestos. Por una parte, los daños que

son intrínsecos al tratamiento como tal, y que por ello se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica, y, por otra, aquellos que el tratamiento médico ocasiona, al margen de su finalidad terapéutica, y que son producidos porque el tratamiento prestado no es procedente o adecuado, o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo. Únicamente estos últimos se estiman responsabilidad de la Administración.

Analizada la documentación incorporada al expediente, y en particular atendido el informe “adicional” del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital, que, al relatar los hechos ocurridos el día 22 de marzo de 2010, señala expresamente que “debido a las dificultades de intubación con laringoscopio rígido se produjo la movilización de los cuatro incisivos superiores”, entendemos que las secuelas sufridas por la reclamante se encuadran en la primera de la categorías descritas. En efecto, el daño sufrido por la interesada puede considerarse como necesariamente derivado de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, inherente al riesgo de esa específica operación (de modo que puede quedar justificado por la finalidad terapéutica pretendida), pues consta acreditado que se había observado en la paciente una “laringoscopia dificultosa”, que la intervención practicada requería el manejo de instrumental que hace presión en la boca y que durante la misma se presentaron dificultades en la intubación con laringoscopio rígido; incidencia congruente con la constitución individual de la enferma y propia del procedimiento terapéutico. Obra incorporado al expediente el documento de consentimiento informado para microcirugía laríngea, firmado por el facultativo encargado y la propia paciente el día 21 de octubre de 2009, en el que se indica que entre los riesgos típicos de la intervención -ajenos a los que el mismo documento denomina riesgos poco frecuentes- se encuentra la pérdida de piezas dentarias causada por el instrumental que hace presión en la boca durante la intervención, sin vincular el riesgo a su estado previo, aunque se destaca que será mayor si este es malo. Por ello, cabe afirmar que la movilización de los cuatro incisivos

superiores padecida por la interesada, en tanto que propia de las previsiones ordinarias que son típicas de este tipo de intervenciones quirúrgicas, constituye un daño que está obligada a soportar.

A la vista de lo anterior, concluimos que no se ha acreditado que la asistencia sanitaria prestada a la reclamante hubiera violado la *lex artis ad hoc*; el daño invocado no guarda relación con una mala práctica médica, sino que se trata de un riesgo general inherente a la intervención practicada, recogido de forma expresa como riesgo típico en el documento de consentimiento informado por ella suscrito, no resultando por tanto antijurídico.

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.