

Expediente Núm. 211/2012
Dictamen Núm. 271/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de octubre de 2012, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de julio de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por daños que atribuye a la asistencia dispensada en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 13 de diciembre de 2011, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Consejero de Sanidad, en relación con daños que atribuye a la asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Refiere que el día 16 de diciembre de 2010 fue operada por el Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital procediéndose a la “exodoncia del 2.3 y exéresis de lesión compatible con quiste folicular”, de la que fue dada de alta el día 17 del mismo mes.

Dice que le han quedado de dicha operación secuelas de "pérdida de los sentidos del olfato y del gusto".

Solicita ser indemnizada "a resultas del funcionamiento de la Administración sanitaria".

2. Mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2011, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria comunica a la reclamante la fecha de recepción 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. Asimismo le requiere para que proceda a la "cuantificación económica del daño o, en su defecto, indicar las causas que motivan la imposibilidad de realizarla, indicándole que, de no recibirse contestación en el plazo anteriormente señalado, se le tendrá por desistida de su petición".

Por escrito presentado en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 5 de enero de 2012, la reclamante cuantifica las secuelas que sufre en doscientos mil euros (200.000,00 €), "tanto por la pérdida del sentido del gusto (ageusia) y por la pérdida del sentido del olfato (anosmia), como por los daños derivados de la incapacidad permanente total".

3. El día 21 de diciembre de 2011 el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita al Hospital un informe del Servicio de Cirugía Maxilofacial así como copia de la historia clínica de la reclamante.

Mediante oficios de 9 y 11 de enero de 2012, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones remite copia de la historia clínica de un paciente con el mismo nombre, primer apellido y documento nacional de identidad que la reclamante, pero con distinto segundo apellido, así como informe del citado servicio.

En la historia clínica figura informe de alta de fecha 17 de diciembre de 2010, tras ingreso el día 16. Refiere que la paciente presentó "celulitis nasogeniana izquierda" y que en la exploración, se encontró "2.3 incluido", como posible origen de la infección, así como que el día 16 se procedió a la exodoncia del mismo y exéresis de lesión compatible con quiste folicular.

Obra en el expediente un informe del Responsable del Servicio de Cirugía Maxilofacial, datado el 10 de enero de 2012. En él se afirma que “el día 14 de enero de 2011 la paciente fue vista en la consulta externa de Maxilofacial del (Hospital), donde se comprobó el buen estado de los tejidos, se le comunicó la naturaleza de la lesión adyacente al canino y se le dio el alta. En aquel momento, la paciente no refirió ninguna molestia específica”. Aclara que “la intervención practicada sobre un diente y un quiste situados en la parte anterior de la cavidad oral, lejos de los nervios responsables de los sentidos que la paciente manifiesta como deficitarios, no puede causar las secuelas que indica”, por lo que sugiere “que sea sometida a los oportunos estudios neurofisiológicos necesarios para esclarecer la causa de las molestias que refiere”. Reitera que dichas molestias “no pueden haber sido ocasionadas por la intervención referida, y además, en la consulta del 14 de enero de 2011 no los refirió, por lo que ignoro sobre qué base fundamenta la que asume como relación causal entre la intervención quirúrgica y sus molestias”.

4. El día 16 de enero de 2012, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado en el caso solicita a un centro de salud copia de la historia clínica de la reclamante.

El día 31 de enero de 2012, la Gerente de Atención Primaria remite historia de paciente con mismo nombre, primer apellido y documento nacional de identidad que la reclamante, en la que, el día 18 de noviembre de 2011, figura anotado episodio de “pérdida de olfato y gusto”, “intervenida de un quiste folicular. Desde entonces pérdida de olfato y gusto”. Consta solicitada interconsulta a otorrinolaringología. El mismo día se anota “rinitis perenne”, en el apartado “condicionantes y problemas” de la historia clínica.

Después del día 16 de diciembre de 2010 -fecha de la intervención-, constan los siguientes episodios: Uno, abierto el día 4 de mayo de 2011 por “infección aparato respiratorio alta NC (IRA)”, en el que se anota que “desde hace 15 días molestias de garganta, ha tomado por su cuenta Augmentine (...). Sensación de frío”. Consta exploración “orofaringe normal, otoscopia izda. muy eritematosa, dolor cervical, meníngeos normales, refiere sangrado nasal”. Otro, el día 9 de junio, por “depresión”, con consultas los días 4 de agosto y 15 de

septiembre de 2011. El día 3 de noviembre de 2011 se abrió episodio de lumbalgia y el día 9 de noviembre, otro por celulitis nasogeniana.

El día 9 de febrero de 2012, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital remite hoja de curso clínico en el Servicio de Otorrinolaringología, solicitada telefónicamente por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado en el caso. La hoja corresponde a consulta el día 30 de diciembre de 2011, y en ella consta que la paciente "acude por anosmia y pérdida de gusto tras cirugía quiste nasogeniano izdo. (...) muy acatarrada". Se le realizó exploración en la que se aprecia mucosa congestiva en la rinoscopia. Se le indican lavados nasales y revisión en 3-4 meses.

5. Con fecha 15 de febrero de 2012, el Inspector de Prestaciones Sanitarias emite el Informe Técnico de Evaluación. Concluye que "la realización de la exodoncia del canino superior izquierdo estaba indicada, ya que la paciente había tenido una celulitis nasogeniana, con probable origen en esta pieza dentaria. También estaba indicada la exéresis del quiste folicular, para evitar una posible malignización de este, tal y como se describe en la literatura médica"; "en la zona sobre la que se actuó en la intervención quirúrgica no discurre ninguno de los nervios responsables de los sentidos del olfato y del gusto", y "la paciente presenta una patología nasal que podría explicar las alteraciones de dichos sentidos".

6. Mediante escritos de 17 de febrero de 2012, 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. Obra incorporado al expediente informe de una asesoría privada, emitido a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, datado el 13 de abril de 2012 y suscrito por un especialista en Cirugía Maxilofacial. En él se afirma que "la paciente fue tratada en un centro y por profesionales perfectamente acreditados y capacitados para tal fin"; "el tratamiento realizado

a la paciente está conforme al conocimiento actual” y concluye que “no existen indicios de ‘mala praxis’ ”.

8. El día 10 de mayo de 2012, se notifica 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 procedimiento. El día 31 del mismo mes se persona en las dependencias administrativas un apoderado de la reclamante y obtiene una copia del mismo compuesto por sesenta y nueve (69) folios, según hace constar en la diligencia extendida al efecto.

El día 27 de junio de 2012, la reclamante presenta en el registro de entrada de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que reitera “que como consecuencia de la operación a la que fui sometida en fecha 16 de diciembre de 2010, me han quedado como secuelas la pérdida de los sentidos del olfato y del gusto, encontrándome todavía pendiente de la realización de pruebas médicas, pero sin recuperación alguna”. Dice ser la propietaria de una fábrica de embutidos, por lo que la pérdida del gusto y del olfato determina una limitación fundamental para la dirección empresarial, por lo que ha tenido que verse arrumbada de tal actividad, de modo que la dirección y el día a día recaen en su “única hija veinteañera”. Dice que la situación personal es irreversible y la pérdida de los sentidos es crónica, objetiva e irreversible. Alega que se ha producido un resultado desproporcionado. Acota con el Registro Mercantil de Asturias y con los archivos de la sociedad que indica, de la que “era administradora”, y afirma se ve obligada a dejar la actividad y su profesión, por la imposibilidad de desempeñar control alguno de la misma.

Cuantifica la indemnización en ciento diecinueve mil doscientos noventa y seis euros con ochenta y ocho céntimos (119.296,88 €).

9. El día 9 de julio de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Razona que “en el presente caso, en la documentación obrante en el expediente queda perfectamente claro la imposibilidad de relacionar las secuelas que la reclamante alega (pérdida del sentido del olfato y del gusto)

con la intervención quirúrgica realizada, dada la lejanía anatómica del lugar de la intervención con los nervios responsables del sentido del olfato y del gusto”, por lo que no queda acreditado el necesario nexo causal.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de julio de 2012, registrado de entrada el día 2 de agosto, 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 Sanidad, 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.- La reclamación ha sido suscrita por persona cuyo nombre, primer apellido y documento nacional de identidad coinciden con el de la paciente atendida por el Servicio de Cirugía Maxilofacial, pero no su segundo apellido, lo que pudiera deberse a un error material. Desde la emisión del informe técnico de evaluación, se tiene por reclamante a la paciente referida, aunque no se ha realizado trámite alguno tendente a la verificación de la identidad de quien reclama, lo que impide un pronunciamiento sobre su legitimación. No obstante, en aplicación del principio de eficacia reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución y recogido en el artículo 3 de la LRJPAC, procede analizar el fondo

de la cuestión controvertida, no sin antes advertir de que, si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias, no cabría una estimación de la reclamación sin que este, por el procedimiento legal oportuno, verifique que la identidad de la reclamante se corresponde con la de la paciente cuya historia clínica figura en el expediente.

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 13 de diciembre de 2011, habiendo tenido lugar la intervención a la que se atribuyen los daños el día 16 de diciembre de 2010, 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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado con una reclamación por los daños que se atribuyen a una intervención quirúrgica realizada en un hospital público el día 16 de diciembre de 2010, consistente en exodoncia de un canino y exéresis de un quiste folicular.

Como daños, la reclamante alega pérdida de los sentidos del olfato y del gusto, resultando del expediente que consultó por este motivo en un centro de salud público el día 18 de noviembre de 2011, por lo que consideramos acreditado un daño real, cuya valoración más concreta realizaremos si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido 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 el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

En el aspecto fáctico o de la causación material del daño, la reclamante considera que la pérdida de los sentidos por los que reclama es una secuela de la referida intervención. Ahora bien, no ha aportado ninguna prueba que nos permita tener por cierta tal afirmación y sus manifestaciones no son suficientes

para probar este vínculo, más cuando la primera referencia que consta a tales molestias se efectúa en la consulta citada del día 18 de noviembre de 2011, transcurridos once meses desde la intervención quirúrgica. La relación entre la intervención y la pérdida sensorial exigiría, en primer lugar, establecer la etiología de esta, para lo que resultan necesarias pruebas diagnósticas -como estudios neurofisiológicos- que la reclamante no ha aportado. El principio *res ipsa loquitur* que cita de aplicación la reclamante no excusa de una mínima actividad probatoria o argumental que permita establecer una relación causal fuerte de probabilidad entre la intervención y el daño, que en el presente caso no se ha dado.

Por el contrario, los informes incorporados por la Administración al procedimiento permiten descartar cualquier relación entre las dolencias de la reclamante y la intervención. Así, el Responsable del Servicio de Cirugía Maxilofacial dice que la pérdida sensorial por la que se reclama no puede haber sido causada por la intervención del día 16 de diciembre de 2010, porque esta se practicó en la parte anterior de la cavidad oral, lejos de los nervios responsables de los sentidos que la paciente manifiesta como deficitarios. Además, la reclamante presenta rinitis perenne, lo que según el informe técnico de evaluación podría explicar las alteraciones de dichos sentidos.

Por otro lado, la actuación de los servicios públicos sanitarios se ajustó a la *lex artis*, entendida esta, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, como 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.

El informe técnico de evaluación que obra en el expediente considera que tanto la exodoncia del canino superior como la exéresis del quiste folicular estaban indicadas, especificando las razones que avalan dicha conclusión. El informe aportado por la aseguradora añade que el tratamiento es el adecuado

en el estado actual de los conocimientos y de la técnica existentes en el momento de la producción de los daños atribuidos al servicio público sanitario. Por su parte, la reclamante nada alega a este respecto, ni se opone -en el trámite de audiencia- a los informes emitidos en el procedimiento, que avalan la actuación de los profesionales del servicio público sanitario. Lo que hace de todo punto imposible relacionar la intervención con las lesiones que refiere la reclamante.

En definitiva, no cabe apreciar relación de causalidad entre la pérdida sensorial por la que se reclama y la intervención quirúrgica realizada a la reclamante en un hospital público el día 16 de diciembre de 2010, por lo que no resulta necesario analizar la evaluación económica de la referida pérdida.

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 formulada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.