

Expediente Núm. 275/2013

Dictamen Núm. 215/2013

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 17 de octubre de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 5 de agosto de 2013, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la asistencia recibida en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 6 de noviembre de 2012, el interesado presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital “X”.

Expone que acude “a consulta debido a que del oído izquierdo oía un poco menos que del derecho”, que es “diagnosticado de otosclerosis oído

izquierdo” y que previa realización de “un preoperatorio sin contraindicaciones” es operado el 6 de abril de 2010, practicándosele una “estapedectomía oído izquierdo”.

Señala que desde que es “dado de alta de la operación nunca más” se encuentra bien y que vuelve a consultar con el médico que le ha tratado, que “valora la existencia de los problemas que padezco y decide operarme de nuevo”, pues tiene “cuadros de mareos, vértigos, y por esto me realiza una revisión quirúrgica, encontrándose (con que) la prótesis que me habían puesto estaba desplazada y he tenido una pérdida de líquido endolinfático (según él dice), por lo que me realiza el recambio de la misma”; precisa que “a partir de este momento el resultado es que ya no oigo nada”.

Manifiesta que es remitido al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital “Y” que le confirma, el 30 de noviembre de 2011, “la irreversibilidad de la hipoacusia (es decir, he perdido el oído izquierdo completamente) y se me diagnostica (...) una cofosis de oído izquierdo (no oigo nada por ese oído)”, indicándome “que tengo una audición normal en el oído derecho, lo que me ocasiona una pérdida auditiva bilateral del 16,8%”.

Afirma que “cuando acude al Hospital ‘X’ tenía una pequeña dificultad en el oído izquierdo, pero oía, y que según me diagnostican se arreglaría operando; sin embargo (según he consultado en varias ocasiones), el diagnóstico fue equivocado. Y esto parece ser que fue debido a que al realizarme la primera audiometría no me fue enmascarado (tapado) el oído sano, lo que dio origen al diagnóstico equivocado”.

Sostiene que “como consecuencia de la cirugía que me realizaron por un diagnóstico equivocado o por un anormal funcionamiento del servicio se me han producido unas secuelas importantes que, además de una pérdida de audición total en el oído izquierdo y pérdida de audición bilateral importante, así como un cuadro vertiginoso persistente, que me produce un desasosiego e inestabilidad cuando salgo a la calle”, originan “limitaciones en la vida cotidiana, en mi relación con el desarrollo de una vida normal, siento miedo de no oír a

mis hijos de noche, mucho miedo a tener que dejar de conducir, todo esto me produce un daño moral que ha de ser indemnizado junto con el resto de las secuelas”.

Finaliza solicitando ser indemnizado en la “cantidad de cien mil euros (100.000,00 €), incrementada en los intereses legales”.

2. Con fecha 26 de noviembre de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria notifica al perjudicado 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.

3. Previa petición formulada por la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada para elaborar el informe técnico de evaluación, el 26 y el 30 de noviembre de 2012, el Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital “Y” y la Gerente del Área Sanitaria V remiten al Servicio instructor una copia de la historia clínica del interesado, adjuntándose en este último caso también un informe del Servicio de Otorrinolaringología.

En el informe, emitido el 28 de noviembre de 2012, se señala que, “según consta en historia clínica, este paciente fue diagnosticado previamente de otosclerosis oído izdo. Presentaba una hipoacusia conductiva izda. de $\pm$ 60 dB. de pérdida con Weber lateralizado a ese lado. Se habló de posibilidades terapéuticas: quirúrgicas o conservadoras (prótesis auditiva) y (...) de la posibilidad de no recuperación auditiva y/o incluso posible pérdida auditiva, si bien rara, posible, como figura en consentimiento informado de estapedectomía./ Quiso ser sometido a tratamiento quirúrgico y el 6-4-10 se realizó una timpanotomía exploradora de oído izdo. que confirmó una fijación del estribo, con lo cual se procedió a realizar estapedectomía según procedimiento habitual; la intervención se desarrolló sin contratiempos y el posoperatorio inmediato fue normal (no tuvo crisis vertiginosa ni síntomas

vagales), siendo dado de alta hospitalaria a las 24 horas./ Cuando vino a revisión posoperatoria no había recuperado audición y refería cierta inestabilidad de corta duración con movimientos del cuello. Se volvió a revisar algún tiempo después y seguía sin existir recuperación auditiva. Se le propuso esperar $\pm$ 6 meses y valorar la revisión quirúrgica./ Con fecha 22-2-11 se reintervino, encontrándose la prótesis ligeramente desplazada de ventana oval, procediendo al recambio por una más larga. Tampoco en el posoperatorio existió reacción vertiginosa ni cuadro vagal. En los días siguientes se comprobó que la audición seguía en niveles similares a los previos. Por ello se le dijo que desde nuestro punto de vista no cabía nueva intervención y que no le podíamos ofrecer ningún tratamiento. Nos pide un informe para solicitar una segunda opinión./ En el tiempo de revisiones, si bien relató que ocasionalmente tenía algún mareo, siempre fue de forma leve y con movimientos cervicales y de corta duración (no imputable a tratamiento quirúrgico)“.

4. Mediante escrito de 10 de diciembre de 2012, el Servicio del Área de Reclamaciones traslada al Servicio instructor el informe emitido por el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital “Y” el 3 de diciembre de 2012. En él se indica que “en la actualidad no podemos hacer un diagnóstico correcto de la patología que presentaba antes de la intervención./ El motivo es que en el momento actual presenta una cofosis de oído izquierdo (pérdida total de audición) que evidentemente antes de la intervención no tenía, puesto que fue intervenido con la intención de mejorar la audición./ Por ello, ahora no podemos saber si lo que presentaba antes era una otosclerosis o una hipoacusia perceptiva. Lo que alude el paciente sobre un diagnóstico equivocado por no hacerle un enmascaramiento del oído contralateral no significa necesariamente que tuviera una hipoacusia perceptiva y se operara inadecuadamente. Podía ser el caso que fuera una otosclerosis y la indicación quirúrgica correcta. A posteriori ambas cosas son posibles, pero lo que sí es evidente es que de la intervención resultó la pérdida auditiva total y la

sensación de inestabilidad que presenta. A consecuencia de la segunda intervención fue cuando el paciente perdió completamente la audición./ Esta complicación que refiere el reclamante ocurre en menos del 5% de los que se intervienen de estapedectomía, y no necesariamente se liga a un error técnico, sino que también puede ocurrir después de una intervención bien hecha por causas desconocidas”.

5. El día 1 de febrero de 2013, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él se realizan una serie de consideraciones médicas con base en las cuales se descarta el error diagnóstico.

Concluye que “la actuación de los profesionales que intervinieron en el proceso asistencial proporcionado al interesado fue correcto y ajustado a la lex artis profesional (...). El desenlace lamentable ocurrido y el daño causado es ajeno al buen o mal hacer médico y se encuadra dentro de los casos de ‘fuerza mayor’ e identificado como un acontecimiento adverso”.

6. Mediante escritos de 13 de febrero de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria remite una 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.

7. Con fecha 15 de mayo de 2013, una asesoría privada, a instancias de la compañía aseguradora, emite un informe suscrito por un especialista en Otorrinolaringología. En él concluye que “el paciente padecía un cuadro de otosclerosis en oído izquierdo desde hacía años (...). Esta enfermedad del oído le producía una pérdida de audición que hacía que su oído izquierdo tuviera ya comprometida previamente su función auditiva (...). Fue correctamente diagnosticado y se le propuso una intervención perfectamente indicada para tratar su proceso. El paciente voluntariamente aceptó esta técnica (...). La

intervención quirúrgica fue llevada a cabo por un profesional capaz que realizó la técnica de forma adecuada (...). Al no conseguirse los resultados deseados en la primera intervención se propuso una revisión de la misma de forma correcta (...). En el posoperatorio sufrió una pérdida de audición profunda como consecuencia de una complicación inevitable de la cirugía realizada. Sin embargo, la intervención y el tratamiento posoperatorio se realizaron de forma absolutamente correcta (...). La pérdida de audición no se debió a errores o negligencias durante la intervención quirúrgica o el posoperatorio inmediato. Ya que los tratamientos instaurados fueron correctos (...). El desequilibrio que aqueja es menor de lo que el paciente aqueja (...). Estas secuelas no surgen por ninguna actuación médica errónea, ni negligente (...). Los tratamientos que se impartieron en el posoperatorio fueron los que se exigen en este tipo de casos (...). Toda la actuación médica fue la que define la 'lex artis' en este tipo de situaciones".

8. Mediante escrito notificado al reclamante el 11 de junio de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 18 de ese mismo mes se persona este en las dependencias administrativas y obtiene una copia de aquel, compuesto en ese momento por ciento cincuenta (150) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

El día 15 de julio de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria comunica a la aseguradora que ha transcurrido el plazo establecido para presentar alegaciones sin que se haya hecho uso de este derecho.

9. Con fecha 18 de julio de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de agosto de 2013, registrado de entrada el día 9 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 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.- 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 el interesado activamente legitimado 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 6 de noviembre de 2012, habiendo obtenido el reclamante el día 30 de noviembre de 2011, tras una segunda opinión médica, la confirmación del alcance definitivo de los daños que imputa al servicio público -una hipoacusia irreversible y una pérdida auditiva bilateral del 16,8%-, 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.- El reclamante imputa a la Administración pública los daños sufridos -pérdida de audición profunda en su oído izquierdo- como consecuencia de una estapedectomía que se le practicó el día 6 de abril de 2010 para el tratamiento de los problemas auditivos que se le habían diagnosticado ya en el año 2009, y los atribuye a un “diagnóstico (...) equivocado”, ya que, según manifiesta, “al realizarme la primera audiometría no me fue enmascarado (tapado) el oído sano”.

La existencia del daño alegado la admite la Administración sanitaria, por lo que, dejando ahora al margen la cuantificación o valoración económica que, en su caso, deba efectuarse, podemos dar por acreditada la realidad de un daño físico efectivo que reúne los elementos necesarios para justificar la pretensión de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de

reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

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 el 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 este respecto, el perjudicado, más allá de expresar su “parecer” de que el daño sufrido podría deberse al hecho de que “al realizarme la primera audiometría no me fue enmascarado (tapado) el

oído sano”, no ha concretado en ningún momento a lo largo de la instrucción del procedimiento en qué aspecto se materializa la mala praxis médica que denuncia. En consecuencia, este Consejo Consultivo debe formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada al reclamante sobre la base de la documentación que obra incorporada al expediente, la cual no ha sido discutida por él.

Así las cosas, y a la vista de lo razonado en los diferentes informes periciales aportados al mismo -del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital “X”; del mismo Servicio del Hospital “Y”, donde acudió el perjudicado en busca de una segunda opinión; el informe técnico de evaluación, y el emitido por una asesoría privada a instancia de la entidad aseguradora-, solo puede concluirse que la asistencia prestada al interesado y la actuación de los profesionales intervinientes resultó en todo momento acorde a la *lex artis ad hoc*. Asimismo, debemos destacar que todos los informes coinciden al señalar que el daño desgraciadamente producido resulta ser la concreción de una de las posibles complicaciones asociadas a la intervención quirúrgica -estapedectomía- a la que fue sometido el reclamante el día 6 de abril de 2010 para el tratamiento de su dolencia de base. En este sentido, obra en el expediente el documento de consentimiento informado

-folios 93 y 94- firmado por el ahora reclamante el día 30 de octubre de 2009 para llevar a cabo la citada operación en el que figura, justamente como el primero de los riesgos típicos que debe conocer quien se somete a este tipo de práctica, que “la audición puede no mejorar, e incluso en raras ocasiones, el oído puede lesionarse de forma irreversible, quedándose en ese lado completamente sordo”.

A la vista de ello, concluimos que en el presente supuesto no se ha acreditado que la asistencia sanitaria prestada al interesado hubiera infringido la *lex artis ad hoc*; el daño alegado no guarda relación con una mala práctica médica, sino que se trata de un riesgo general derivado de la intervención quirúrgica a la que fue sometido y encuadrable en los recogidos en el

documento de consentimiento informado suscrito por él, por lo que no resulta 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.