

Expediente Núm. 93/2017  
Dictamen Núm. 74/2017

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*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 16 de marzo de 2017, 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 28 de febrero de 2017 -registrada de entrada el día 8 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios sufridos durante un procedimiento de intubación, en el que perdió varias piezas dentales.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 21 de octubre de 2016, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el interesado pone en conocimiento del Servicio de Atención al Usuario del Hospital ..... que el día 5 de ese mismo mes, durante un procedimiento de intubación en el curso de una ablación de venas pulmonares que tenía programada, sufrió la pérdida de tres piezas dentales, así como la movilidad de otras.

Por este motivo solicita que el servicio público sanitario “se haga cargo de los costes propios del tratamiento para la rehabilitación anatómico funcional de su boca”, a cuyo efecto acompaña los presupuestos detallados elaborados por dos clínicas dentales, uno por un importe de 7.770 € y el otro por importe de 7.920 €, en los que se evalúa el coste necesario para conseguir la rehabilitación completa.

**2.** El día 24 de octubre de 2016, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV pone en conocimiento de la correduría de seguros la presentación de la reclamación.

**3.** Mediante escrito de 14 de noviembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al perjudicado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**4.** El día 13 de diciembre de 2016, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe elaborado por el Jefe de la Sección de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor del Hospital ..... el 30 de noviembre de 2016. En él señala que “el paciente (...) fue sometido el 5-10-2016 a una ablación de (venas) pulmonares como tratamiento de su fibrilación auricular./ Al tratarse de un procedimiento complejo y de larga duración se realizó con anestesia general./ Presentaba una dentadura en mal estado, sobre todo en la raíz de los dientes, con marcada gingivitis./ Durante las maniobras de laringoscopia para la intubación endotraqueal y posterior introducción de una sonda de ecografía transesofágica, y a pesar de las precauciones, se desprendió lo que parecía una prótesis cementada, que fue recogida y entregada a su familia”.

Obra incorporado al expediente remitido un documento de consentimiento informado para "técnicas de sedación en exploraciones diagnósticas y terapéuticas", suscrito por el perjudicado el 25 de mayo de 2016.

**5.** Mediante oficio notificado al reclamante el 29 de diciembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El 9 de enero de 2017 el perjudicado comparece en las dependencias administrativas y obtiene una copia de la documentación obrante en el expediente, según consta en la diligencia extendida al efecto.

**6.** Con fecha 9 de febrero de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en la que propone la estimación de la reclamación formulada, reconociendo el derecho del reclamante a ser indemnizado, previa presentación de factura, en la cantidad total máxima de 7.770 €. En ella razona que "la rotura o pérdida de una pieza dental, máxime si la dentadura se encuentra en mal estado y existe enfermedad periodontal, es un riesgo típico vinculado a la intubación orotraqueal en la anestesia general y a la utilización del laringoscopio rígido para la cirugía microlaríngea. Se halla incluido en todos los consentimientos informados y el paciente es informado de esta posibilidad, tratándose, por tanto, cuando ocurre, de la materialización de una complicación conocida (...). En el presente caso no consta que el paciente haya sido informado de esta posibilidad, ya que el consentimiento que firmó nada dice al respecto y además no se corresponde con la técnica que se le realizó. Por tanto, se trata de la materialización de una complicación no conocida por el reclamante constituyendo (...) un daño antijurídico".

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de febrero de 2017, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), 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 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá 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 21 de octubre de 2016, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 5 de octubre 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 no es otro que el establecido con el carácter de común en el título IV de la LPAC.

En aplicación de la normativa citada, se han observado los trámites fundamentales de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. Asimismo se ha incorporado al expediente, como especialidad propia de este tipo de procedimientos, el preceptivo informe del servicio afectado, previsto en el artículo 81.1 de la LPAC.

**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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. 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”.

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, 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.-** En la presente reclamación, como consecuencia de la pérdida de varias piezas dentales en el curso de un procedimiento de intubación, el interesado solicita que el servicio público sanitario “se haga cargo de los costes propios del tratamiento para la rehabilitación anatómico funcional de su boca”.

Se ha incorporado al expediente un informe de la Sección de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor del Hospital ..... en el que se reconoce que cuando al paciente se le estaban practicando “maniobras de laringoscopia para la intubación endotraqueal y posterior introducción de una sonda de ecografía transesofágica, y a pesar de las precauciones, se desprendió lo que parecía una prótesis cementada, que fue recogida y entregada a su familia”. Por tanto, la realidad del daño alegado ha quedado acreditada con los informes médicos obrantes en aquel, sin perjuicio de la valoración que quepa efectuar en el caso de que se concluya que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, la mera constatación de un daño real, efectivo, individualizado, evaluable económicamente y 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 del servicio público.

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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

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 ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega.

A estos efectos, en el caso que nos ocupa nos encontramos con que el reclamante, al margen de una descripción de los hechos en los que basa su solicitud, no ha formulado a lo largo del procedimiento ningún reproche o título de imputación concreto en relación con la asistencia sanitaria recibida.

No obstante lo anterior, la Administración sanitaria frente a la que se reclama, a la vista de todo lo actuado, no duda en proponer la estimación de la reclamación al considerar que el daño sufrido por el perjudicado -la pérdida de varias piezas dentales- resulta antijurídico, debiendo en consecuencia ser indemnizado, al reconocer que el mismo constituye la concreción de un riesgo típico directamente vinculado con el procedimiento que se le estaba aplicando y del que no fue informado, toda vez que el documento de consentimiento informado suscrito por él el día 25 de mayo de 2016 “nada dice al respecto y además no se corresponde con la técnica que se le realizó”.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, y en lo que atañe al consentimiento del paciente, debemos comenzar por recordar que el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, dispone que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”; consentimiento que, según el apartado 2, “será verbal, por regla general”, y por escrito en los casos de “intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”. La eventual ausencia del consentimiento del paciente comporta, según reiterada doctrina jurisprudencial, la obligación de resarcir el resultado dañoso con independencia de cualquier otra valoración en relación con la adecuación a la *lex artis* del acto médico enjuiciado. El Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que la omisión del consentimiento previo informado supone, en sí misma, una “mala praxis *ad hoc*”, y en estos casos la responsabilidad “se produce con absoluta independencia de la existencia o no de mala praxis en el acto médico (...), puesto que basta la existencia del daño derivado del mismo cuando falta el consentimiento informado” (Sentencia de 14 de diciembre de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:8258-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>).

En el supuesto planteado la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración, tras reconocer de manera expresa que “la rotura o pérdida de una pieza dental, máxime si la dentadura se encuentra en mal estado y existe enfermedad periodontal, es un riesgo típico vinculado a la intubación oro-traqueal en la anestesia general y a la utilización del laringoscopio rígido para la cirugía microlaríngea”, precisando que “se halla incluido en todos los consentimiento informados y el paciente es informado de esta posibilidad”, fundamenta su sentido estimatorio en la constatación de que en el presente caso no se procedió de la manera indicada, pues el único documento de consentimiento informado suscrito por el paciente y que se ha incorporado al expediente lo era para una técnica distinta.

Con dichos antecedentes, este Consejo, ha de concluir necesariamente que el daño alegado constituye la materialización de un riesgo típico (la pérdida de una o varias piezas dentales) del que no se informó al paciente en debida forma antes del procedimiento al que iba a someterse el día 25 de mayo de 2016, por lo que deviene antijurídico al producirse mediando lesión de su derecho de autodeterminación. En consecuencia, al concurrir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, la reclamación ha de prosperar.

**SÉPTIMA.-** Fijados los hechos y establecida la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, así como el carácter antijurídico de este, procede valorar la cuantía de la indemnización solicitada sobre la base de los daños y perjuicios efectivamente acreditados.

A los expresados efectos, el perjudicado solicita que el servicio sanitario público “se haga cargo de los costes propios del tratamiento para la rehabilitación anatómico funcional de su boca”, proporcionando los presupuestos confeccionados por dos clínicas dentales. Este planteamiento es asumido por la Administración sanitaria, que, tras proponer la estimación de la reclamación, reconoce el derecho del interesado a ser indemnizado en la cuantía máxima que se corresponde con el menor de los presupuestos presentados.

Dado el sentido reparador de los daños y perjuicios causados al reclamante que se desprende de la solución admitida por ambas partes en la solución propuesta, estimamos adecuado el criterio seguido en la propuesta de resolución de satisfacer al perjudicado la cantidad máxima de 7.770 €.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias, y, estimando la reclamación presentada por ....., indemnizarle en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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.