

Dictamen Núm. 118/2020

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

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Menéndez Sebastián, Eva María*  
*García García, Dorinda*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 21 de mayo de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 29 de octubre de 2019 -registrada de entrada el día 4 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios que atribuye a la demora en el abordaje de su dolencia en el oído.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** El día 21 de diciembre de 2018 un letrado, en nombre y representación de la interesada, presenta en el Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye al retraso en el diagnóstico de una otomastoiditis en el oído derecho.

Expone que el 10 de octubre de 2017 acude a su médico de atención primaria “al presentar una otalgia en oído derecho de 24 horas de evolución”,

siendo la "impresión diagnóstica de otitis externa" e "iniciando tratamiento con antibiótico". Indica que los días 14 de octubre y 23 de noviembre acude nuevamente a su centro de salud por continuar con el dolor, añadiéndose al tratamiento "ibuprofeno" y remitiéndola ante la "ausencia de mejoría" al Servicio de Urgencias, "sin que se instaurase ninguna prueba ni tratamiento" complementario al que "estaba tomando".

Añade que en diciembre su médico de atención primaria la deriva al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital "X", donde se le diagnostica otomastoiditis, ingresando al día siguiente en el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital "Y" y "siendo intervenida quirúrgicamente ese mismo día". Señala que se somete a revisiones periódicas en el Servicio de Otorrinolaringología y que el 9 de abril de 2018 se le realiza "una audiometría donde hay una leve caída de la audición en frecuencias medias de oído dcho. (...), recomendándole (...) un programa de rehabilitación vestibular hospitalaria", y precisa que es revisada en "mayo de 2018, iniciando un tratamiento con corticoides que no surte efecto, estableciéndose una cofosis (pérdida de audición completa del oído derecho), así como una hipoacusia de percepción en el oído izquierdo".

Concluye que "pese a las múltiples revisiones efectuadas no se detectó su grave situación", lo que evidencia "una tardía e incorrecta valoración de la situación clínica de la paciente que desembocó (...) en la gravísima consecuencia de total pérdida de audición en el oído derecho y parcial en el izquierdo".

Cuantifica el daño sufrido en ciento ocho mil trescientos treinta euros con noventa céntimos (108.330,90 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 7 días de perjuicio grave, 534,73 €; 175 días de perjuicio moderado, 9.268,00 €; 27 puntos de secuelas por perjuicio psicofísico, 40.995,39 €; 6 puntos de perjuicio estético, 5.445,76 €; intervención quirúrgica, 1.200,00 €, y pérdida de calidad de vida, 50.927,00 €.

Adjunta un informe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital "Y" que relata la atención dispensada por el servicio público sanitario y un informe de valoración del daño corporal emitido por un gabinete médico privado. En

este último se observa que la paciente presentaba algunos síntomas de alarma en sus primeras asistencias que pudieran haber conducido a la práctica de ulteriores pruebas diagnósticas, refiriéndose en particular a la prueba de imagen que se practica dos meses y medio más tarde tras varias visitas.

**2.** Previa solicitud formulada por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, el representante de la reclamante presenta el 15 de febrero de 2019 un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias al que adjunta el poder que acredita su representación.

**3.** Con fecha 28 de febrero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al representante de la interesada la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**4.** Mediante oficio de 7 de mayo de 2019, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III remite al Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto una copia, en formato electrónico, de las historias clínicas de atención primaria y especializada, junto con los informes de los Servicios de Urgencias y de Otorrinolaringología del Hospital "X" y de la Médica de Familia del Centro de Salud .....

En el informe de la Jefa de la Unidad de Urgencias, fechado el 29 de abril de 2019, se indica que "existe a lo largo de la exposición de los hechos" de la reclamación "una confusión permanente entre Unidad de Urgencias y Servicio de (Otorrinolaringología)" y que la patología por la que se reclama no es "del ámbito y competencia" de la medicina de emergencias. Añade que "la paciente fue seguida en todo momento, realizándose el tratamiento y seguimiento apropiados" y actuando "proporcionadamente a la exploración realizada en cada momento".

En su informe de 6 de mayo de 2019, el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología diferencia tres etapas que comprenden, la primera "la otitis valorada y tratada en atención primaria con arreglo al protocolo de antibioterapia", la segunda "la otitis con otorrea valorada y tratada entre el 11 y 22 de diciembre con curación al alta y sin evidencias clínicas de complicación" y la tercera "que se maneja según procede con ingreso, antibioterapia intravenosa y estudio de imagen que confirma el diagnóstico de otomastoiditis y se procede a su intervención". Reseña que "ninguna guía de tratamiento indica estudios de imagen en una otitis media con buena evolución".

La Médica de Familia detalla, en su informe de 2 de mayo de 2019, por orden cronológico las consultas en las que atendió a la paciente "en lo que se refiere al problema otológico", los diagnósticos correspondientes y el tratamiento aplicado.

Entre la documentación adicional remitida figura el consentimiento informado para "timpanoplastia" debidamente firmado.

**5.** El día 30 de junio de 2019, previo requerimiento formulado por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, emite informe una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, a instancias de la compañía aseguradora de la Administración. En él afirma que "se actuó en cada momento en función de la sintomatología que presentó la paciente siguiendo protocolos, con indicación correcta de antibiótico oral y tópico e inhalación de corticoides. Se realizó un TAC en el momento que se sospechó complicación de la otitis media, antes no está indicada la realización de pruebas de imagen./ Se realizó tratamiento quirúrgico siguiendo guías clínicas, no se registraron complicaciones intra ni posoperatorias. Se decidió alta hospitalaria y a la paciente se la citó para control evolutivo y seguimiento exhaustivo".

Por lo que se refiere a las secuelas, indica que se encuentran recogidas en el consentimiento informado y concluye que la actuación ha sido "conforme con los protocolos y la *lex artis*".

**6.** Evacuado el trámite de audiencia, el día 6 de septiembre de 2019 presenta la interesada un escrito de alegaciones en el que insiste en que se valoraron “incorrecta y tardíamente los síntomas que presentaba (...), sin tomar la más mínima precaución ni ordenar ninguna prueba diagnóstica adecuada”.

**7.** Con fecha 22 de octubre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella aprecia que “la asistencia fue correcta y adecuada a la *lex artis*. Cuando la paciente es tratada por primera vez de su problema otológico en octubre de 2017 no completa el tratamiento antibiótico prescrito”. En el mes de noviembre “es correctamente tratada de su otitis media”. En diciembre “es derivada correctamente” al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital “X”, “donde es tratada y seguida hasta su completa curación. Cuando el 28 de diciembre es diagnosticada de otomastoiditis es derivada de forma correcta” al Hospital “Y” “para ser intervenida quirúrgicamente. La otomastoiditis no es consecuencia de una mala praxis en el tratamiento de la otitis media, sino una complicación de la enfermedad (...). La sordera derecha, los vértigos y la insuficiencia vestibular son secuelas posibles tras la intervención”.

**8.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de octubre de 2019, 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, 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 según 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, de conformidad con 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 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, pudiendo actuar por medio de representante debidamente acreditado, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

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 LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 diciembre de 2018, y el daño por el que se reclama se anuda al fracaso de un tratamiento pautado en mayo de 2018, cuando se constata “pérdida de audición completa del oído derecho” y “una hipoacusia de percepción en el oído izquierdo”, por lo que es claro que se acciona dentro del plazo de un año legalmente establecido.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, observamos 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 91.3 de la LPAC. Ahora bien, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

**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”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo 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.-** Reclama la interesada el resarcimiento del daño derivado de una patología en su oído derecho que atribuye a “una tardía e incorrecta valoración” de su situación clínica.

Constando en los informes hospitalarios que sufrió una pérdida total de audición en su oído derecho y parcial en el izquierdo, hemos de estimar acreditada la efectividad del daño, sin anticipar ahora el juicio sobre su origen o etiología.

Ahora bien, la mera constatación de un perjuicio 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.

Como 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 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.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las

técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que la mera constatación de un error médico o de un retraso diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha reiterado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, 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.

En el caso examinado, la interesada imputa su pérdida de audición a “una tardía e incorrecta valoración” de los síntomas que presentaba cuando fue atendida por su médico de atención primaria y en la primera consulta en el Servicio de Otorrinolaringología.

Advertido que atribuye al tratamiento médico dispensado el daño consistente en pérdida total de audición en su oído derecho y parcial en el izquierdo, debe repararse, en primer término, en que no se objetiva el vínculo causal entre esos perjuicios y la actuación de los facultativos, que en la argumentación de la interesada parece sobreentenderse de plano. En efecto, a la luz de los informes médicos obrantes en el expediente, se observa que la dolencia por la que es intervenida -otomastoiditis- es una complicación de su patología de base, y que las secuelas que sufre son concreción de un riesgo específico de la cirugía, frente a la que nada deduce la reclamante. En estas condiciones, cabría a lo sumo valorar una eventual pérdida de oportunidad de constatarse que una detección precoz de la otomastoiditis hubiera conducido a un resultado más favorable. No obstante, sin necesidad de despejar este extremo -de acusada complejidad-, la pérdida de oportunidad terapéutica

demanda para su resarcimiento que se acredite una infracción de la *lex artis ad hoc*, por lo que procede detenernos en la praxis médica en el proceso de diagnóstico.

Al respecto, la perjudicada se limita a invocar genéricamente “una tardía e incorrecta valoración” de sus síntomas, aportando la pericial de un gabinete privado de valoración del daño en la que se alude a “síntomas de alarma” cuando acude al servicio de atención primaria, concretando que pudo anteponerse la realización de la prueba de imagen que se practica dos meses y medio más tarde. Sin embargo, debe señalarse que los centros de Atención Primaria no tienen las dotaciones propias de los hospitales ni sus facultativos están obligados a practicar pruebas especulativas que no se ajustan a los síntomas reales de las consultas que atienden.

En el caso examinado, a la vista de la historia clínica y del informe del Jefe del Servicio de Otorrinolaringología, se advierte que la paciente sufrió una otitis “valorada y tratada en atención primaria con arreglo al protocolo de antibioterapia”, si bien “no completa el tratamiento antibiótico prescrito” (tal como puntualiza el técnico que suscribe la propuesta de resolución); dos meses más tarde es tratada por el Servicio hospitalario especializado de una “otitis con otorrea (...) con curación al alta y sin evidencias clínicas de complicación”, y dos semanas después ingresa de nuevo remitida por su centro de atención primaria y en ese momento se “confirma el diagnóstico de otomastoiditis y se procede a su intervención”.

Los informes periciales incorporados al expediente por la Administración y su compañía aseguradora desechan cualquier mala praxis en el proceso asistencial, reseñando específicamente el especialista en Otorrinolaringología que “ninguna guía de tratamiento indica estudios de imagen en una otitis media con buena evolución”; extremo que confirma el perito que informa a instancias de la entidad aseguradora.

A la vista de esas periciales, la reclamante se limita a reiterar en el trámite de alegaciones la vaga imputación de una tardía e incorrecta valoración

de sus síntomas, sin oponer un criterio pericial preciso a lo manifestado por los facultativos informantes.

En la confrontación de pruebas periciales procede recordar, tal como hemos recogido en ocasiones precedentes (por todos, Dictamen Núm. 25/2020), que “la jurisprudencia viene razonando de forma constante que la fuerza probatoria de los informes periciales reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, en la mayor especialización de quien los formula y en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes pues, `naturalmente, en la ponderación no es suficiente la mera constatación del criterio cuantitativo , debiendo acudirse a `un criterio valorativo´ que conduce a postergar la pericial que omite el análisis `de todo el conjunto de datos que contextualizaban la situación´ del paciente (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019 -ECLI:ES:TS:2019:1135-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Por ello no cabe atribuir mayor fuerza de convicción a lo reseñado por las periciales construidas *ex post facto* que a lo dictaminado por los técnicos que se detienen en las circunstancias concurrentes al tiempo del diagnóstico”.

Aplicado lo anterior a la presente reclamación se concluye, en términos de convicción razonada, que las puntuales observaciones del especialista en Otorrinolaringología han de prevalecer sobre el criterio del facultativo que informa a instancias de la interesada, tanto por su especialidad como por su rigor. Debe repararse en que, frente a la exhaustividad del informe del especialista que atendió a la paciente, el perito de la interesada deduce *ex post facto* la insuficiencia de los medios diagnósticos, pero no justifica que resulte exigible a tenor de los protocolos la práctica de estudios de imagen ante “una otitis media con buena evolución”, que es la clínica que presentaba.

En estas condiciones no puede estimarse probada la mala praxis que se alega, y ello nos aboca a concluir que no se acredita la relación de causalidad entre el daño invocado y la actuación de los facultativos. Al margen de lo anterior, si pretende sostenerse una pérdida de oportunidad terapéutica debería acreditarse la puntual disponibilidad de una técnica que, aplicada en el

momento pretendido, hubiera conducido a un pronóstico más favorable, lo que aquí tampoco se objetiva.

En definitiva, el daño ocasionado no resulta antijurídico por tratarse de la materialización de complicaciones o riesgos inherentes a la patología de base o a la intervención quirúrgica asumida por la reclamante, y no puede imputarse causalmente a la asistencia sanitaria dispensada al no constatarse negligencia médica alguna a tenor de los informes incorporados al expediente, los cuales en ningún momento han sido desvirtuados por la interesada.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.