



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 329/2021

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de junio de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) y (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 292/2021 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. Se considera que, de estimarse la reclamación por los daños alegados, la cuantía debería exceder de 6.000 euros, por lo que la solicitud de dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, se delega en la Secretaría General del Servicio la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial derivados de la asistencia sanitaria por el Servicio Canario de la Salud.

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo la menor, representada por su padre y su madre, la condición de interesada al haber sufrido un daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP].

Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación (art. 67 LPACAP), pues se presenta la reclamación el 15 de junio de 2018, tras la última intervención practicada el 20 de junio de 2017 y después de la cual se determinó el nivel de pérdida de audición de la menor.

6. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación la citada LPACAP porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma.

También son aplicables la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, la citada Ley 11/1994 de 26 de julio, y la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

7. Se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aun expirado éste y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

II

En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, en el Dictamen anteriormente emitido en relación este asunto (DCCC 41/2021, de 29 de enero) se manifestó lo siguiente:

«Que tras las intervenciones quirúrgicas realizadas por la doctora (...) a su hija en el Hospital General de Fuerteventura, la misma ha perdido la audición del oído izquierdo, audición que antes de las intervenciones era perfecta. Además, se añade que a su hija se le ha colocado un implante coclear, pero pese a ello no ha podido recuperar la audición perdida.»

Los reclamantes consideran que la lesión que padece su hija se debe exclusivamente a que la mala praxis de la referida doctora durante tales intervenciones quirúrgicas, razón por la que solicita la correspondiente indemnización.

2. Para la adecuada comprensión del hecho lesivo, en este caso, es conveniente transcribir parcialmente el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del SCS (SIP), en el que se incluye la evolución previa de las patologías de la menor afectada antes de la referida cirugía, manifestándose lo siguiente:

«1.-La paciente, en fecha 17 de febrero de 2012, acude a su Pediatra con cuadro de otitis media supurativa aguda oído izquierdo (OI) con rotura de membrana timpánica en el contexto de cuadro catarral. Se solicitó valoración por el Servicio de ORL.

2.-Valorada por el Servicio de ORL el 28 de febrero de 2012 por otitis media crónica simple izquierda. Se objetivó perforación residual del 40% de la superficie timpánica. Refiere dolor en OI así como supuración de 12 días de evolución. Ha estado en tratamiento con amoxicilina/clavulánico y con ciprofloxacino posteriormente con gentadexa local. Mejoró la secreción, pero continuó con dolor. Continuó con controles por este Servicio por cuadros de otorrea izquierda intermitentes y recidivantes a pesar de tratamiento sistémico y tópico relacionados, informa el Servicio, con disfunción tubárica por inmadurez de la misma, episodios catarrales nasales víricos y rinitis alérgica así como a entradas accidentales de agua.

El 12 de junio de 2012: OI seco con perforación mesotimpánica con pocos restos timpánicos posteriores. Junto al Servicio de Alergia fue diagnosticada de rinoconjuntivitis persistente moderada grave y asma persistente leve por alergia a ácaros del polvo, polen de malezas y derivados dérmicos de perro e inducido por ejercicio. En fecha 24 de febrero de 2014 se describe perforación amplia mesotimpánica en OI.

3.-Dada la perforación de membrana timpánica OI postotítica, ingresa, durante el periodo 30 de septiembre a 2 de octubre de 2014 en el Hospital General de Fuerteventura, bajo el diagnóstico de otitis media crónica simple no colesteatomatosa en OI, para intervención programada timpanoplastia.

En fecha 1 de octubre se realizó, previa firma de DCI, timpanoplastia tipo I de Wullstein con abordaje endoaural con toma de fascia de músculo temporal.

4.-En revisión de 6 de noviembre de 2014 (al mes y 5 días de la cirugía) se objetiva perforación residual en cuadrante anteroinferior en semiluna con anulus en su sitio en el contexto de otalgia durante la aplicación de gotas en el domicilio. Niveles de audición OI normales. Siguió controles en el Servicio de ORL abordándose nuevos episodios de otorrea por entrada accidental de agua y rinitis, durante los cuales comienza con inmunoterapia para mejor control de alérgico nasal. En revisión de 11 de diciembre de 2014, en OI perforación

residual en cuadrante anteroinferior en semiluna con anulus en su sitio que parece ha migrado a posición más mesotimpánica, con cuadrantes anteriores con tímpano monométrico en ala de mosca y fascia en cuadrante posterior. Caja seca.

(...) 5.-Ingresa en el periodo 25-27 de octubre de 2016 en el Hospital General de Fuerteventura para intervención quirúrgica bajo el diagnóstico de otitis media crónica simple no colesteatomatosa en OI. En fecha 26 de octubre de 2016 se realizó nueva timpanoplastia tipo I de Wullstein con revisión de cadena mediante abordaje retroauricular con toma de cartílago y pericondrio de trago y fosista navicular. Informa el Servicio de ORL de cirugía normal en todos sus tiempos más prolongada que la anterior por el tipo de abordaje, el calibre del conducto y la toma de injertos cartilaginosos y fascial.

(...) Entre los hallazgos de la intervención: Perforación de cuadrante anteroinferior algo marginal con conservación de anulus timpánico. Cajas con mucosa no hiperplásica con adherencias de promontorio a martillo y a yunque. Se visualiza mango de martillo íntegro con cadena móvil. Se preserva cuerda del tímpano.

6.-El 29 de noviembre de 2016 refirió sensación de taponamiento ótico izquierdo atribuido a existencia aún de material reabsorbible en CAE (Spongostan). Se observa injerto en correcta posición y prendido.

En revisión de 12 de diciembre de 2016 se advirtió nueva perforación: Perforación anterior con pieza de injerto de cartílago hundida en la porción más anterosuperior que se asociaba a retracción timpánica de cuadrantes posteriores por razón tubárica (persistencia de disfunción tubárica de origen alérgico y catarral refractaria al tratamiento).

7.-En fecha 2 de febrero de 2017 acude a consulta de ORL (3 meses postintervención) refiriendo que en días previos sintió inestabilidad y acúfenos que cedieron sin medicación.

(...) Informa el Servicio que la madre de la paciente mostró insatisfacción por los resultados postquirúrgicos y solicitó segunda opinión realizándose, el 28 de marzo, valoración por el Jefe de Servicio.

En informe de 29 de marzo de 2017: Presenta en OI retracción timpánica global con migración de cartílago y presencia de dos perforaciones pequeñas en cuadrantes superiores.

8. -Acude el 5 de mayo de 2017, aproximadamente 7 meses después de la segunda intervención, nuevamente a su ORL a la que no había solicitado controles en ese periodo. Progresión en cierre de perforación de membrana timpánica, aspecto de mucosa de OM seco.

(...) Informa el Servicio que es en esta fecha cuando, a pesar de los hallazgos en microscopía ótica, por primera vez la paciente refiere marcada hipoacusia izquierda. Por audimetría tonal y acimetría se confirma hipoacusia de tipo neurosensorial severa. Se informa que ante la sospecha de hipoacusia súbita izquierda se inicia protocolo de tratamiento corticoideo a altas dosis con controles audiométricos posteriores y solicitud de

pruebas específicas tanto de imagen como analíticas, sin confirmar etiología compatible para la misma salvo cifras de colesterol elevadas y con leve mejoría en test audiométrico.

(...) Ante la situación de pérdida severa de audición izquierda y sin causa definida y sin casi respuesta a tratamiento pautado se remitió a la paciente a la Unidad de Hipoacusia del Complejo Hospital Universitario Insular Materno Infantil. Tras estudio sin poderse esclarecer causa originaria de la hipoacusia se aconsejó implante coclear en consenso con la paciente y familiar.

9.-Ingresa en el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil durante el periodo 19 a 23 de junio de 2017 para implante coclear OI. Al ingreso refiere cofosis, ocasionalmente inestabilidad y acúfeno OI. Sospecha de perforación residual timpánica. Se propone rehabilitación auditiva con implante coclear.

(...) Bajo el diagnóstico de hipoacusia neurosensorial profunda OI se realiza, el 20 de junio, implante coclear OI.

(...) 10.-En revisión en el Hospital General de Fuerteventura, el 19 de septiembre de 2017, refiere estar molesta con los pitidos (acúfenos) y no haber recuperado la audición por OI (...) », todo lo cual se reproduce con la finalidad de facilitar la comprensión del presente Dictamen.

III

1. El procedimiento comenzó el día 15 de junio de 2018, a través de la presentación de la reclamación efectuada por el padre de la interesada -menor de edad en ese momento- y en representación de la misma.

2. El día 3 de agosto de 2018, se dictó la Resolución n.º 2.160/2018 de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se admitió a trámite la reclamación formulada por la interesada.

3. Tras su tramitación, el día 15 de diciembre de 2020 se emitió Propuesta de Resolución, que fue objeto del Dictamen de este Consejo Consultivo 41/2021, de 29 de enero, por el que se solicitó la retroacción de las actuaciones con la finalidad de practicar dos de las declaraciones testificales propuestas por la reclamante y la emisión de un informe complementario, todo lo cual se hizo correctamente.

Después de las mismas, se les otorgó el trámite de vista y audiencia a los representantes legales de la interesada, presentando escrito de alegaciones.

Por último, el día 4 de mayo de 2021, se emitió Propuesta de Resolución definitiva.

IV

1. La Propuesta de Resolución nuevamente desestima la reclamación efectuada por la interesada, puesto que el órgano instructor continúa considerando que no concurren los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y se manifiesta al respecto que no se acredita la existencia de nexo causal entre la actuación del servicio sanitario público y la hipoacusia neurosensorial grave padecida por la paciente, pues los reclamantes no han aportado prueba alguna que acredite que la hipoacusia de la paciente tenga su origen en la actuación del sistema sanitario público.

2. En el presente asunto, la interesada considera que las dos intervenciones quirúrgicas que se le practicaron en su oído izquierdo se llevaron a cabo de forma defectuosa, siendo las causantes de la hipoacusia irreversible que actualmente padece en dicho oído.

Al respecto, las declaraciones testificales practicadas y el informe emitido por la doctora (...) del Hombre respecto a las dos intervenciones realizadas, en las que estuvo presente corroboran la correcta actuación realizada tal y como señalaba el informe realizado por el SIP, en el que se refiere lo siguiente:

«El proceso de perforación timpánica justifica la actuación reconstructiva, timpanoplastia tipo I de Wullstein, que fue realizada en la fecha octubre de 2014 y que tiene como indicaciones más frecuentes las secuelas de otorrea y las perforaciones traumáticas del tímpano.

Pese a esta intervención es posible que persista la perforación, que podría incluso aumentar de tamaño, posibilidad de que se agrave la pérdida de audición y, excepcionalmente, de que ésta se pierda completa e irreversiblemente. Pueden aparecer acúfenos, vértigos y disgeusia.

(...)

El 12 de diciembre de 2016 se advierte nueva perforación, en esa fecha tampoco consta hipoacusia. Es en fecha 5 de mayo de 2017 (transcurrido 7 meses desde la segunda intervención) y a pesar de progresión en cierre de la perforación timpánica cuando se menciona por primera vez hipoacusia izquierda que tras las pruebas complementarias se confirma que es de tipo neurosensorial.

La sordera brusca es una pérdida súbita de audición a nivel neurosensorial, por causas desconocidas, y con mal pronóstico funcional. Se puede asociar a vértigos y acúfenos.

Es necesario diferenciar las hipoacusias de transmisión de las neurosensoriales. Las hipoacusias de transmisión o de conducción que se deben a lesiones del aparato transmisor

de la energía sonora y son producidas por obstrucciones del conducto auditivo externo y por lesiones del oído medio con alteración de la membrana timpánica, cadena de huesecillos o de ambos. En cambio, las hipoacusias neurosensoriales o de percepción ocurren por lesión en el órgano de Corti, por alteración de las vías acústicas o por trastornos en la corteza cerebral auditiva.

En el presente caso la actuación quirúrgica en oído medio hubiera ocasionado una hipoacusia de transmisión y en cambio a la paciente se le ha diagnosticado hipoacusia neurosensorial grave no justificada como secundaria a las técnicas quirúrgicas aplicadas, sin actuación en el oído interno, en las dos cirugías realizadas en el Hospital General de Fuerteventura. Además, a pesar de las pruebas realizadas no se ha podido dilucidar la causa de la misma».

Así, este informe demuestra no solo que las intervenciones realizadas eran adecuadas a la dolencia de la interesada, sino que se efectuaron de forma correcta, conforme a *lex artis ad hoc*, sin que en las mismas se presentara contratiempo alguno, habiéndose puesto a disposición de la interesada todos los medios materiales y personales con los que cuenta el SCS.

Además, también ha resultado probado que la patología que sufre la interesada, hipoacusia neurosensorial es completamente ajena a dichas intervenciones, pero aún en el caso hipotético de que la misma tuviera por origen tal cirugía, lo que no se ha probado, tal hecho se encuadraría dentro de los riesgos incluidos en la documentación correspondiente al consentimiento informado firmada por los representantes legales de la interesada, documentación obrante en el expediente.

3. Por el contrario, la interesada no ha aportado prueba alguna que demuestre que los informes emitidos y las declaraciones testificales practicadas sean inciertas o erróneas, como tampoco ha aportado prueba alguna que permita considerar acreditadas sus alegaciones relativas al hecho lesivo.

4. En el reciente Dictamen de este Consejo Consultivo 225/2021, de 6 de mayo, se ha manifestado, como en otros muchos dictámenes, que:

«2. En el presente asunto, antes de comenzar con el análisis de la cuestión de fondo, es preciso señalar, en primer lugar que, como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo (por todos, el reciente Dictamen 186/2021, de 15 de abril), «según el art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -norma no aplicable al presente caso, pero similar al art. 32.1 LRJSP-, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente,

que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. Conforme dispone el art. 77.1 LPACAP en concordancia con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), la carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC, conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone.

Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)".

Pues bien, esta doctrina, que resulta ser aplicable al presente caso, implica que el interesado debe demostrar la realidad de las alegaciones efectuadas en su reclamación a través de la presentación de los oportunos elementos probatorios, probando mala praxis médica por haber actuado los servicios sanitarios dependientes del SCS de forma contraria a la lex artis e incumpliendo la obligaciones de medios, que no de resultado, que le son propias.

3. En relación con esto último, en dicho Dictamen 186/2012, de 15 de abril, se ha señalado también que:

"Con carácter previo al análisis de la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre, 69/2019, de 28 de febrero, 341/2019, de 3 de octubre, y 442/2019, de 28 de noviembre), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al

hecho de la imposibilidad de que los medios de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la lex artis, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la lex artis determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la lex artis, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP)».

Esta doctrina resulta ser plenamente aplicable al presente asunto por las razones ya expuestas.

5. Por todo ello, y dado que la interesada no ha acreditado la existencia de nexo causal entre el funcionamiento adecuado del Servicio y los daños reclamados por ella, debemos llegar a la misma conclusión que la Propuesta de Resolución sometida a dictamen.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, se considera conforme a Derecho, por las razones que se indican en el Fundamento IV del presente Dictamen.