



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta  
  
Sr. Estella Hoyos, Consejero  
Sr. Fernández Costales, Consejero y  
Ponente  
Sr. Pérez Solano, Consejero  
Sr. Quijano González, Consejero  
Sr. Nalda García, Consejero  
  
Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 22 de enero de 2004, ha examinado el *expediente relativo a la reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada por Dña. xxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 28 de noviembre de 2003 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la reclamación de indemnización de daños y perjuicios formulada por Dña. xxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxx, por daños producidos en la atención sanitaria.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 9 de diciembre de 2003, se procedió a darle entrada en el Registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 54/2003, iniciándose el cómputo del plazo para su evacuación, previa ampliación del mismo, tal como dispone el artículo 53 del Decreto 102/2003, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su Ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

**Primero.-** Con fecha 5 de diciembre de 1995 la paciente Dña. xxxxx xxxxx xxxxxx es diagnosticada en el Servicio de O.R.L. del Hospital General de xxxxxxx de hipoacusia mixta bilateral. Otoesclerosis bilateral.

El 11 de abril de 1996 es intervenida de estapedectomía de oído izquierdo, siendo dada de alta el 17 de mayo de 1996.



El 5 de junio de 2000 acude para evaluar el oído derecho y se solicita audiometría. Se revisan los resultados el 4 de septiembre de 2000 solicitando la paciente intervención del oído derecho.

Ante la insistencia de operarse de Dña. xxxxx xxxxx xxxxx, la Facultativa Especialista de Área le concierta una consulta con el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología, Doctor yyyyy, para valorar la procedencia de la operación a la que desea someterse la paciente. En esta consulta se la recomienda el uso de prótesis auditiva, no obstante la paciente manifiesta su preferencia a que se le practique una estapedectomía.

Acuerdan un mes de reflexión, tras el cual es incluida en lista de espera el 18 de octubre de 2000, al mantener su deseo de operarse.

Con fecha 8 de marzo de 2001 es intervenida del oído derecho. Durante la operación, al levantar el tímpano y explorar se observa fibrosis y gran tofo obliterante, por lo cual se decide no abrir vestíbulo. Se diagnostica otosclerosis del oído derecho y consta como intervención: Timpanotomía exploradora.

Tras esta intervención la paciente acude a un centro privado de su elección, tal y como se deduce de la reclamación, para solicitar una segunda opinión.

El 17 de julio de 2001 se le practica, en dicho centro privado, estapedectomía de oído derecho consiguiendo buen resultado funcional, según señala en la reclamación.

**Segundo.-** Mediante escrito, con entrada en la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en xxxxxxx el 8 de abril de 2002, la interesada formula reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia de los gastos originados al tener que intervenir en una clínica privada de estapedectomía en oído derecho como consecuencia de la negativa a su intervención por parte del Hospital General de xxxxxxx, así como por los daños morales derivados de esta desatención. La indemnización que se reclama asciende a 12.904,75 euros. Acompaña con la reclamación factura de la intervención y los siguientes informes médicos:

1º Informe de la consulta externa realizado por el Dr. hhhhhhhh hhhhh de fecha 18 de abril de 2001 en el que constan básicamente los siguientes extremos:



- Con fecha 5 de junio de 2000 Dña xxxxx xxxxx xxxxx acude a la consulta para valorar estapedectomía de oído derecho, observando en la audiometría una hipoacusia conductiva de oído derecho.

- EL 8 de marzo y bajo anestesia general es intervenida, practicándose Timpanotomía exploradora observando fibrosis y gran tofo obliterante, por lo que se decide no abrir vestíbulo.

- Con fecha 8 de marzo es dada de alta hospitalaria.

2º Informe médico de alta del Hospital mmmmmmm de xxxxxx, centro privado al que acude la reclamante.

**Tercero.-** Se incorpora al expediente la historia clínica del Hospital General de xxxxxx y los informes de unidades médicas y profesionales cuyo contenido se detalla a continuación:

1º-Informe de los Dres. yyyyyyy y hhhhhh, del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital General de xxxxxx, de 3 de mayo de 2002, que expone:

- En la consulta externa del Servicio de O.R.L., Dña. xxxx es atendida por una Facultativa Especialista del Área del mismo quien, tras explorarla y determinar de nuevo su nivel de audición, le explica que el criterio habitual del equipo es no realizar intervenciones en el segundo oído de los pacientes con otosclerosis, porque, a juicio del equipo, es mayor el riesgo que se corre (posibilidad de perder el oído a corto, medio o largo plazo) que el beneficio que puede obtenerse (ganancia auditiva siempre valorada subjetivamente como menor que la obtenida en el otro oído).

- El día 8 de marzo de 2001, Dña. xxxxx xxxxx xxxxx es intervenida bajo anestesia general del oído derecho. Al levantar el tímpano y explorar el oído medio se descubren factores de mal pronóstico (fibrosis y gran tofo obliterante en la zona de la ventana oval y platina del estribo.) Ante tales circunstancias se decidió no extirpar el hueso del estribo y no abrir el oído interno ante el riesgo añadido de pérdida del oído absoluta e irrecuperable



por cualquier medio protésico y/o quirúrgico y de probables alteraciones del equilibrio que en este caso y dada la edad de la paciente pudieran llegar a ser invalidantes y permanentes. Al no practicarse la estapedectomía por las causas expuestas la intervención practicada a Dña xxxxxx xxxxxx xxxxxx pasa a denominarse Timpanotomía Exploradora.

- La decisión de intentar o no la intervención quirúrgica para mejorar la audición del paciente se toma de forma conjunta y consensuada entre el cirujano y el interesado.

- El médico trata de aplicar la *"lex artis ad hoc"* actuando en la forma que creía más adecuada para su paciente tras la valoración entre el riesgo asumido por el paciente y los beneficios en salud o calidad de vida que pudieran llegar a obtenerse, tomando la decisión de evitarle riesgos irreversibles para la salud, considerando que el principio básico de toda actuación médica es *"primum non facere"*.

- Dña. xxxxx estaba perfectamente informada de todo cuanto a su enfermedad de Otoesclerosis se refiere. A pesar de las advertencias que se le hicieron, pidió reiteradamente que se le operara de nuevo con tanta insistencia como para forzar una excepción al criterio habitual del Servicio de no operar el segundo oído.

- Es práctica habitual y frecuente en este Servicio de Otorrinolaringología facilitar el acceso a una segunda opinión médica dentro del Sistema Nacional de Salud a todos los pacientes que lo solicitan. En ningún momento Dña. xxxxx ni ninguno de sus familiares solicita le sea facilitada una segunda opinión dentro del Sistema Nacional de Salud.

- No se ha producido pérdida de tiempo alguno ni retraso fuera de lo razonable en la mejor práctica hospitalaria pública en todo el proceso de atención a Dña. xxxxx xxxxxx xxxxx, habiendo puesto a su disposición todos recursos humanos y técnicos disponibles.

2º- Informe de la Inspección Médica de 8 de mayo de 2002.



- En el referido informe se pone de manifiesto que la paciente y/o familia no piden, en ningún momento, una segunda opinión dentro del Sistema Nacional de Salud. Se indica que de haber sido así se hubiera facilitado el acceso, como es práctica habitual en dicho Servicio.

No han existido deficiencias en las actuaciones del equipo de O.R.L. del Hospital General de xxxxxxxx en la asistencia prestada ni tampoco vulneración del consentimiento informado.

3º- Informe del Dr. ddddddd ddddddd, a instancia de la Compañía zzzzzzzz, de 20 de agosto de 2002.

- Considera conforme el proceder del especialista de O.R.L., tanto desde el punto de vista diagnóstico como terapéutico, manteniendo un criterio de prudencia, que puede aceptarse o no, dadas las circunstancias concurrentes en el caso que podrían generar secuelas irreversibles y siguiendo el ordenamiento que debe regir toda actitud terapéutica de "*primum non facere*".

**Cuarto.-** El día 20 de enero de 2003 se da trámite de audiencia a la reclamante formulando alegaciones D. nnnnnnnn nnnnnn nnnnnn, como representante de la interesada, reiterando lo solicitado en la reclamación inicial y señalando que la decisión de no realizar la intervención no le es explicada en ningún momento a Dña. xxxxxx xxxxxx xxxxxx, vulnerando su derecho al consentimiento informado recogido en la Ley General de Sanidad, no recibiendo asimismo, aún cuando ella lo solicita, una segunda opinión dentro del sistema público sanitario.

**Quinto.-** Con fecha 29 de octubre de 2003 se formula propuesta de resolución desestimatoria.

**Sexto.-** El 14 de noviembre de 2003 se emite informe por la Letrada de la Consejería de Sanidad en sentido favorable a la propuesta desestimatoria sobre la base del requisito del consentimiento informado y de la falta de requerimiento por parte de la paciente de una segunda opinión facultativa, teniendo en cuenta la adecuación de la actuación sanitaria a la "*lex artis ad hoc*" y el abandono de la reclamante del tratamiento que estaba recibiendo.



Y, en tal estado del expediente, V.E. dispuso su remisión al Consejo Consultivo de Castilla y León para que evacuara dictamen.

## II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León emite dictamen en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo prevenido en el artículo 4.1.h.1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno, por el que se determina el orden, composición y competencias de las Secciones.

**2ª.-** El artículo 106.2 de la Constitución establece 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"*.

La referencia constitucional a la Ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Tales preceptos han sido desarrollados reglamentariamente por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el *Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial*.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 1-3-1998; 21-4-1998; 29-10-1998; 28-1-1999; 1 y 25-10-1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (dictámenes de 27-3-2003, expte. nº 183/2003; 6-2-2003, expte. nº 3583/2002; y 9-1-2003, expte. nº 3251/2003), la responsabilidad patrimonial de la Administración pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.



b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

**3ª.-** Ante todo, procede señalar que concurren en el interesado los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y que la competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de Castilla y León

Además, el interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En efecto, consta que lo hizo con fecha 4 de abril de 2002, antes de transcurrir un año desde la fecha del hecho causante, que tuvo lugar el 17 de julio de 2001, momento en la que a la paciente la intervinieron en la clínica privada.

**4ª.-** Tal y como se señala en la propuesta de resolución, para valorar el posible reintegro de gastos que se le han originado mediante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es necesario valorar aspectos tales como si se ha producido una denegación de asistencia que haya



producido en la paciente la necesidad de acudir a la medicina privada para el restablecimiento de su salud.

Del relato de los hechos y de los distintos informes que acompañan al expediente se deduce que desde un principio el médico desaconseja la operación debido a signos clínicos y factores de riesgo presentes en la paciente.

No obstante, ésta toma la decisión de intervenirse, asumiendo los riesgos y beneficios de su determinación.

Iniciada la intervención, se observó que presentaba en el oído derecho una fibrosis en oído medio y un gran tofo obliterante en la zona de ventana oval y platina de estribo.

Fueron estas las razones por las que se decidió no extirpar el hueso del estribo y no abrir el oído interno ya que tales hallazgos, según explican los Dres. yyyyyy y hhhhhh, suponían un riesgo añadido de pérdida del oído absoluta e irreparable por cualquier medio protésico y/o quirúrgico y de probables alteraciones del equilibrio que, en este caso, dada la edad de la paciente, pudieran llegar a ser invalidantes y permanentes.

A la vista de éste y otros casos similares, resulta necesario fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Este criterio básico o *"lex artis ad hoc"* se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en la STS de 26 de mayo de 1986 que marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios al establecer: *"La naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una " obligación de medios", es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere según el estado actual de la ciencia médica"*.

En ese mismo sentido se han pronunciado otras sentencias tales como: la STS de 9 de marzo de 1998, STS de 9 de diciembre de 1998 o STS de 9 de mayo de 1999.





A la luz de este criterio se puede concluir que existe responsabilidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario.

Es precisamente actuar con corrección en la actuación médica el parámetro para determinar si ha existido desatención, inasistencia o un diagnóstico erróneo, razones que motivarían la asistencia a la medicina privada.

En el caso que nos ocupa, el especialista, teniendo en cuenta las especiales características del paciente, los factores de riesgo que concurren en el mismo y los hallazgos intraoperatorios optó por no llevar a cabo la estapedectomía a que el paciente quería someterse por entender que no era la mejor técnica para afrontar un proceso de otosclerosis.

Todas estas circunstancias, según se pone de manifiesto en los informes incluidos en el expediente, se pusieron en conocimiento de la interesada quien tenía el derecho de pedir una segunda opinión médica tal y como se reconoce en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional y en la Ley 8/2003, de 8 de abril, de derechos y deberes de las personas en relación con la salud. A pesar de que estas Leyes no estaban en vigor en el momento en que tuvo lugar el supuesto analizado y no existía regulación específica al respecto, se admitía la posibilidad de poder contar con una segunda opinión médica cuando se solicitara y estuviera suficientemente fundamentado. Sin embargo, no hay constancia de que se solicitara una segunda opinión médica ni de que se manifestara la intención de acudir a un centro privado, en contra de lo señalado en las alegaciones formuladas por el abogado de la interesada.

**5ª.-** De todo lo hasta aquí expuesto se puede concluir que los gastos que se originaron a la paciente como consecuencia de su intervención en una clínica privada son una consecuencia de la decisión que libremente adoptó de someterse a una intervención en dicho centro de medicina privada.

No resulta lógico pretender imputar tales gastos a un mal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, pues no se ha acreditado, tal y como pretendía la interesada, que no se le haya prestado la asistencia médica debida por el hecho de que, en virtud de una opinión contrastada, consideraran más oportuno no llevar a cabo la intervención por entender que



no era una medida adecuada teniendo en cuenta los elevados riesgos o posibles consecuencias derivados de su realización.

Por otra parte, tal y como se expone en la propuesta, no estamos ante un caso en que la paciente tenga un derecho de opción entre los servicios médicos de la Seguridad Social y los de la medicina privada máxime cuando, para casos como el que nos ocupa, las Instituciones de la Seguridad Social disponen de los medios adecuados para tratar debidamente los supuestos clínicos que pudieran plantearse.

La decisión de acudir al centro de medicina privado responde a su propia decisión y no a la necesidad de hacerlo como consecuencia de la falta de asistencia o asistencia deficiente de los servicios públicos sanitarios.

Por ello no procede el reintegro de los gastos originados derivados directamente de la intervención practicada ni tampoco la cantidad que se solicita por el retraso de la intervención pues, en relación con este extremo, parece que no hubo pérdida de tiempo alguno ni retraso dentro de lo que se considera la mejor práctica hospitalaria pública.

### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria en el expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. xxxxxx xxxxxx xxxxxx, por daños producidos en la atención pública sanitaria, por entender que resulta conforme con el ordenamiento jurídico.

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