



León, 17 de diciembre de 2019

Consejería de la Presidencia de la Junta de Castilla y León
Ilmo. Sr. Director General de Relaciones Institucionales
C/ Santiago Alba, 1
47008 - VALLADOLID

Expediente: 1108/2019

Asunto: disconformidad con atención sanitaria y retraso en consulta / Resolución

Centro directivo: Consejería de Sanidad

Ilmo. Sr.:

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número arriba indicado, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

Como recordará V.I. el motivo de la queja era el posible retraso en el acceso a la prestación sanitaria del menor XXX. Según manifestaciones del autor de la queja, el paciente llevaba con problemas en el oído desde el año 2015. En ese momento la pediatra, tras haber intentado reiteradamente tratarle la otitis con antibióticos, lo derivó al otorrino. El especialista le sometió a intervención (drenajes timpánicos) pautándole revisión cada seis meses. Sin embargo y pese a ello el menor perdía audición de forma alarmante. En fecha 11 de abril de 2019 se le diagnosticó una hipoacusia del 40 por ciento indicando a la familia que no se podían determinar las causas de la misma. Así las cosas el especialista valoró realizarle una timpanotomía, encontrándose en el momento de presentación de la queja a la espera de su realización. Asimismo se nos indicó que por parte de la madre del menor se había formulado una reclamación el día 26 de abril, que a la fecha de presentación de la queja no había sido objeto de respuesta.

Admitida la queja a trámite e iniciada la investigación oportuna sobre la cuestión planteada, nos dirigimos a V.I. en solicitud de información correspondiente a la problemática que constituye el objeto de aquélla.

En atención a nuestra petición de información se remitió por esa Administración autonómica informe en el cual se hacía constar lo siguiente:

Procurador del Común de Castilla y León



a) Que la familia del paciente formuló una reclamación en fecha 26 de abril de 2019 que fue objeto de respuesta en fecha 10 de junio del mismo año.

b) Que consultada la información en el Complejo Asistencial de Salamanca, consta que el paciente acudió como caso nuevo en fecha 9 de mayo de 2016 por cuadros previos de otitis no supurada, principalmente en el oído izquierdo e hipoacusia. Asimismo se añade que *“tras el estudio el paciente fue diagnosticado de otitis seromucosa bilateral más marcada en el oído izquierdo, para lo que se le pauta tratamiento”*.

c) Con fecha 26 de mayo es atendido nuevamente y se le cita para revisión en septiembre, incluyéndole en lista de espera para intervención quirúrgica por adenoidectomía y drenaje trastimpánicos.

d) Es revisado en septiembre de 2016 y, ante la persistencia de otitis serosa, el 14 de octubre es intervenido realizándosele adenoidectomía y drenajes trastimpánicos con salida de mocos de ambos oídos.

e) *“Tras diversas revisiones en las que los padres no manifiestan la existencia de complicaciones ni hipoacusia”*, el paciente es dado de alta el día 14 de mayo de 2018, presentando curvas normales en ambos oídos.

f) El día 29 de octubre, el menor acude nuevamente a consulta. En ella los padres ponen de manifiesto posible otorrea durante el verano y sospecha de pérdida de audición en el oído izquierdo. La exploración realizada ofrece un resultado normal, si bien se informa a los padres de la posible existencia de bridas o lisis como secuela de los procesos infecciosos y la otitis serosa previa. Se decide esperar seis meses para realizar nueva exploración.

g) El 11 de abril de 2019, ante la nueva evaluación del paciente, se propone a la familia la realización de una timpanotomía exploratoria del oído izquierdo a cuyo efecto es incluido en lista de espera.

h) El paciente es nuevamente valorado en mayo y se le realiza la intervención en junio de 2019.

i) *“En cuanto al posible error de diagnóstico, la clínica presentada por el paciente es compatible con la otitis serosa media, como demuestra con la mejoría del tratamiento en la audición del oído derecho y las curvas impedanciométricas bilaterales. La posible existencia de bridas o lisis óseas, requiere de un diagnóstico posterior a la otitis serosa”*.

j) *“Asimismo entendemos que no ha existido pérdida de oportunidad para el menor ya que al tener una normoacusia en el OD, no ha intervenido su capacidad en*



el entorno social”.

Así las cosas entendemos que han de hacerse consideraciones sobre distintos aspectos. En primer lugar existe una evidente vulneración del derecho del paciente, al infringirse ostensiblemente el plazo de treinta días naturales que regula expresamente el artículo 13.2 del Decreto 40/2003, de 3 de abril, relativo a las guías de información al usuario y a los procedimientos de reclamación y sugerencia en el ámbito sanitario.

En segundo lugar y respecto del fondo del asunto hemos de poner de manifiesto que el problema surge ya en el año 2015 cuando la pediatra que atiende al menor no considera oportuno remitirle al Servicio de Otorrinolaringología. Y es que como bien señala la información remitida, no es hasta mayo de 2016, cuando es atendido como “caso nuevo” en el ORL. Por consiguiente no resulta desdeñable la posibilidad de que hubiese un retraso en el acceso a la atención especializada que podría incardinarse en el instituto de la “responsabilidad patrimonial sanitaria”.

En términos generales, para que una reclamación de esta naturaleza pueda prosperar, han de concurrir los siguientes requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Ahora bien, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando (SSTS de 25 de abril de 2007, 3 de julio de 2007, 13 de julio de 2007, 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010) *«que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente»*. Y es que como viene diciendo reiteradamente el Tribunal Supremo la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados (SSTS 3 de octubre de 2000, 21 de diciembre de 2001,



10 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005, entre otras muchas). La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico.

Cuestión distinta es si concurre una pérdida de expectativas o lo que nuestra jurisprudencia llama “**pérdida de oportunidad**”. La doctrina de la llamada “pérdida de oportunidad” se incardina dentro del ámbito de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y ha ido siendo diseñada por nuestra jurisprudencia. La misma fue acogida en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, así como en las de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 y 16 de febrero de 2011 recuerdan, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de setiembre de 2010, que la «privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" —sentencias de 7 de septiembre de 2005, 26 de junio de 2008 y 25 de junio de 2010— se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias», insistiendo, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, en que *«acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública*



médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la "facilidad de la prueba", aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas». La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 reitera que «tal doctrina exige que concurra un supuesto estricto de incertidumbre causal, esto es una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto».

Pues bien, en el caso que nos ocupa y al margen de consideraciones sobre la posible concurrencia de un error de diagnóstico sobre el que no podemos pronunciarnos (sólo podríamos hacerlo si contásemos con conocimientos médicos de los que carecemos, o con la posibilidad de solicitar periciales dirimentes), de lo que no cabe duda es de que “compensar” la pérdida de audición del oído izquierdo con el derecho, y que el menor no haya visto reducida por ello su “capacidad social”, no es óbice para examinar la posible existencia de “pérdida de oportunidad” dado que no accedió en tiempo al Servicio de Otorrinolaringología pese a las solicitudes de la familia en tal sentido.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

PRIMERA: Que por parte del órgano competente se impartan instrucciones para que las reclamaciones formuladas en los Servicios de Atención al Paciente se resuelvan en tiempo y forma, cumpliendo las previsiones del Decreto 40/2003, de 3 de abril, relativo a las guías de información al usuario y a los procedimientos de reclamación y sugerencia en el ámbito sanitario.

SEGUNDA: Que en el caso que nos ocupa y con el fin de verificar la posible existencia de un retraso en el acceso al Servicio de Otorrinolaringología, se inicie de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de la resolución que en su día recaiga.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma por parte del órgano que corresponda de la Consejería de Sanidad en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.



PROCURADOR DEL COMÚN
DE CASTILLA Y LEÓN

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN
Tomás Quintana López