

Dictamen nº: **65/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **08.02.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 8 de febrero de 2022, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. y D., en nombre y representación de su hija menor,, por los daños y perjuicios sufridos por la niña que atribuyen a la defectuosa asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias y en el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús en el diagnóstico y tratamiento de una hipoacusia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el día 25 de junio de 2020 en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) dirigido a la Consejería de Sanidad, los interesados antes citados, representados por abogado, formulan reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria prestada a su hija menor en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias en el diagnóstico de una hipoacusia y por la intervención fallida realizada en el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús (folios 1 a 71 del expediente administrativo).

Según exponen en su escrito, la niña, nacida en agosto de 2016 en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias no superó el cribado de hipoacusia en ninguno de sus oídos, haciéndose constar así en el informe neonatal, *“no pasa screening auditivo, pendiente de seguimiento por el otorrinolaringólogo”*.

Refieren que la menor fue atendida por el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias hasta el 3 de octubre de 2018 de dicho problema de hipoacusia, realizándose pruebas de potenciales evocados auditivos de tronco cerebral (PEATC) que, según afirman arrojaban resultados cambiantes y que consideran realizados de forma incorrecta porque se realizaban con la niña despierta, cuando debían haberse realizado con la niña dormida.

Los reclamantes alegan que, finalmente, y al pedir una segunda opinión médica, la menor fue atendida en el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, donde se realizó un PEATC correctamente en el que se obtuvo un resultado de sordera total en ambos oídos, *“no registrando onda V a 90 db bilateral”*, y se indicó la necesidad de ponerle implantes cocleares a la niña, que en ese momento contaba ya con dos años y dos meses de edad.

Esta intervención tuvo lugar el día 28 de noviembre de 2018 en el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, realizándose con éxito en el oído derecho, pero fracasando en el oído izquierdo al no poderse colocar el implante y quedando un fragmento metálico de material quirúrgico en el cráneo de la niña, que fue detectado con posterioridad.

Dicen que el día 1 de junio de 2019 tuvo que realizarse una nueva intervención consistente en extraer el fragmento metálico del oído izquierdo y reintentar colocar el implante coclear en dicho oído, lográndose ambos objetivos.

Consideran que ha habido un retraso en el diagnóstico y, además una intervención fallida que requirió una segunda intervención, *“con todas las*

implicaciones que ello conlleva en relación al preoperatorio y postoperatorio de la cirugía mayor en una niña tan pequeña". El retraso en el diagnóstico supuso, además, que la niña no recibiera en su momento la estimulación auditiva temprana que requería su condición, lo que le ha supuesto un retraso en el desarrollo en el aspecto social, cognitivo y del lenguaje como indica el informe de evaluación psicopedagógica que aportan que dice que la niña, con 30 meses, tiene un desarrollo comunicativo-lingüístico correspondiente al de un niño de 11 meses.

Solicitan una indemnización de 60.000 €, cantidad resultante de la suma de 30.000 € por el retraso en el desarrollo de la niña y otros 30.000 € por los daños morales que han supuesto *"tanto los sucesivos diagnósticos erróneos como las repetidas intervenciones quirúrgicas"*.

Los reclamantes piden que se aporte la historia clínica completa de la niña, con copia de todas las pruebas médicas objetivas y complementarias que se le hubieran realizado a la menor y copia de la póliza de seguros que mantenga cobertura de la responsabilidad civil profesional.

Acompañan con su escrito copia de la escritura de poder otorgada por los reclamantes a favor del letrado firmante del escrito de solicitud de responsabilidad patrimonial, fotocopia del libro de familia, informes médicos e informe del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica de Atención Temprana.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

La paciente, nacida en 2016 en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias en parto prematuro gemelar mediante cesárea (semanas de gestación 29+3) ingresó en el Servicio de Neonatología del citado centro hospitalario, al tratarse de segundo gemelo y prematuro, peso de 1080 g, por distrés respiratorio, pausas de apnea, anemia por transfusión feto-fetal

y trombopenia graves, riesgo infeccioso, soplo sistólico, foramen oval permeable (FOP) y comunicación int –ORL- erauricular (CIA)-, riesgo de displasia de caderas y riesgos asociados a la prematuridad como: riesgo neurológico, riesgo de infección congénita por citomegalovirus (CMV) y virus de Epstein-Barr (VEB), riesgo de hipotiroidismo, riesgo de retinopatía y riesgo auditivo ya que no superaba screening auditivo: cribado auditivo oído izquierdo (OI) no pasa, oído derecho (OD) no pasa (pendiente de seguimiento por Otorrinolaringología –ORL-).

Fue dada de alta hospitalaria el día 19 de octubre de 2016, con indicaciones de revisión en distintas consultas, entre otras, Otorrinolaringología por no pasar el cribado.

El día 3 de noviembre de 2016 fue atendida por el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias realizándose PEATC, obteniendo respuestas a 40 dB con latencias normales y estaba artefactado en el oído derecho, decidiéndose repetir la prueba el día 9 de noviembre de 2016.

Realizado nuevamente el PEATC el día 9 de noviembre de 2016, se hace constar en la historia clínica que la niña no pasaba cribado auditivo en ninguno de los oídos, oído izquierdo más claro pero el derecho *“artefacto/ondas de baja amplitud”*. Se indicó como plan repetir la prueba en 2 semanas, *“hacer dormida con equipo antiguo”*.

El día 15 de noviembre de 2016, acudió a revisión en el Servicio de Pediatría a los 3 meses: antecedente de prematuridad con buena evolución, sospecha de hipoacusia de OD, pendiente de ORL.

Con fecha 23 de noviembre de 2016 se realizó nuevo PEATC con software diferente cuyos resultados constan en la historia clínica haciéndose constar *“3 Registros x NP y FR”* y *“registros artefactados, el último mejor, aun así, repetir en 1 mes”*.

El 25 de enero de 2017 se realizó nuevamente PEATC con el mismo software que la vez anterior, registrándose ondas V a 40 dB en ambos oídos.

Con fecha 21 de febrero de 2017 acudió a revisión de los 6 meses en el Servicio de Pediatría: antecedente de prematuridad con buena evolución. Sospecha de hipoacusia de OD, pendiente de ORL. Se remite a Centro de Atención Temprana APHISA para valorar estimulación precoz por riesgo neurológico secundario a hipoacusia y anemia neonatal severa.

La madre de la paciente se puso en contacto con dicho centro el día 23 de febrero de 2017 mediante llamada telefónica. Fue citada por valoración inicial el día 27 de febrero de 2017 pero no pudieron acudir a la cita por motivos de enfermedad de la niña (cuadro respiratorio). Se realizó seguimiento telefónico los días 28 de febrero y 3 de marzo de 2017.

Con fecha 10 de marzo de 2017 fue citada en el centro de atención temprana por el equipo de valoración acordándose realizar un seguimiento quincenal en plaza de seguimiento en el propio centro APHISA, con indicación de recibir tratamiento y seguimiento en el área motora (45 minutos quincenales), fijándose la siguiente cita para el día 21 de marzo de 2017.

El 23 de mayo de 2017 fue nuevamente vista, para revisión de los 9 meses, en el Servicio de Pediatría. Según el informe: se encuentra bien, come y duerme bien..., continúa en seguimiento por APHISA cada 15 días para seguimiento y la encuentran bien. Sospecha de hipoacusia de OD, revisión ORL en junio. Se continúa recomendando seguimiento en APHISA para valorar estimulación precoz por riesgo neurológico secundario a hipoacusia y anemia neonatal severa.

A partir de mayo de 2017 dejaron de acudir al centro de atención temprana.

El día 6 de julio de 2017 se realizó nuevo PEATC por Otorrinolaringología cuyos resultados constan en el expediente, observándose que utilizó el software utilizado en las dos primeras consultas. Según resulta de las anotaciones realizadas en la historia clínica correspondientes a ese día, *“cada vez mejores registros aunque hoy está con mucosidad”*. Se anotan los resultados de ambos oídos y se indica repetir la prueba en octubre.

En la revisión de los 12 meses del Servicio de Pediatría, el día 19 de septiembre de 2017, se recoge en el informe una evolución favorable, se observa *“retraso en algún ítem del área del lenguaje que podría estar en relación con hipoacusia”*. Se indica continuar el seguimiento en el centro APHISA.

Con fecha 25 de octubre de 2017 se realizó nuevo PEATC, recogiendo en la historia clínica: *“bilateral a 40 dBs, desestructuradas aunque menos que registros previos. Repetir 6 meses”*.

El día 8 de mayo de 2018, volvió a revisión al Servicio de Pediatría. Según el informe: *«“Se encuentra bien, come y duerme bien. Ya no está en seguimiento por APHISA cada 15 días. Valorada en CRECOVI como normal”. ORL: respuesta positiva bilateral a 40 dB, pendiente de nueva revisión. Cumple todos los ítems de socialización, manipulación, pero mantiene retraso del lenguaje, no dice palabras y no está claro que comprenda palabras del lenguaje. Retraso del lenguaje. A descartar hipoacusia por parte de ORL»*. Se indica revisión por ORL y revisión a los 6 meses, en noviembre 2018.

El 6 de mayo de 2018 se realizó nuevo PEATC. Según refleja la historia, *“40 dBs OD: muy retrasadas, no parece problema auditivo. Revisión septiembre: Conductual (Suzuki)+ PEATC”*.

El día 6 de junio de 2018 la madre de la niña volvió a contactar por teléfono con el centro de atención temprana, tras haber sido derivada por

Pediatría de Atención Primaria. Refería retraso en el lenguaje, no dice “*mamá ni papá*”, solo emisión vocálica y sonidos.

Se realizó nuevo PEATC el día 12 de septiembre de 2018. Valorada la prueba se hace constar en la historia clínica: “*24 meses. PEATC. No ondas en OD. Registro más claro en el OI. Ondas V a 40 dBs. No guardería. Habla poco. 1 o 2 palabras*”. Ante las dudas arrojadas por los resultados se anota en la historia: “*hacer Suzuki*”.

El día 26 de septiembre se realizó nuevo PEATC y Suzuki. “*Cito en consulta general por resultados. En Suzuki no se condiciona*”.

Según la anotación realizada el día 3 de octubre de 2018 se decidió estimulación auditiva temprana y cita a la paciente en consulta de Audiología Infantil para continuar seguimiento, no acudiendo a revisiones posteriores.

El día 5 de octubre de 2019 la niña inició en el centro de atención temprana APHISA sesiones de estimulación y logopedia.

La paciente fue atendida en el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús el día 18 de octubre de 2018 por hipoacusia. “*No habla todavía, no obedece órdenes*”. Se solicitó PEATC/PEAA y RNM/CAIS.

El día 24 de octubre de 2018 fue vista nuevamente en consulta de Otorrinolaringología del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús. Timpanometría plana. PEATC: “*no existe onda V a 90 dB bilateral*”. Se indica como plan DTTS (drenajes transtimpánicos) bilaterales y PIC a logopedia para programa de implantes cocleares. Se informó a la madre de la paciente de la operación consistente en drenajes transtimpánicos y ese mismo día firmó este el documento de consentimiento informado para dicha intervención.

El día 28 de noviembre de 2018 se realizó la intervención denominada miringotomía bilateral e inserción de drenajes transtimpánicos, sin incidencia, siendo dada de alta ese mismo día.

Con fecha 12 de diciembre de 2018 fue vista en consulta de Otorrinolaringología anotándose en la historia clínica que tras la intervención de drenajes transtimpánicos el PEATC mostraba que no existía onda a 90 dB bilateral. La RMN CAIS era normal. Se diagnosticó a la paciente de hipoacusia profunda bilateral, candidata a implante coclear bilateral.

El documento de consentimiento informado para implante coclear fue firmado por la madre de la paciente el día 25 de febrero de 2019. El documento explica la intervención, consistente en la introducción de un electrodo dentro de la cóclea (caracol), para poder estimar eléctricamente el nervio auditivo, y restaurar la sensación auditiva y cómo posteriormente, hacia las 4 semanas de la operación, se adaptaría un procesador externo que se colocaría por fuera de la piel con el objeto de generar impulsos eléctricos. Entre los riesgos contemplados en el documento de consentimiento informado figuran, entre otros, *“los fallos del dispositivo que hagan necesaria una revisión quirúrgica”*.

La niña pasó por la valoración y reconocimiento de discapacidad en marzo de 2019 y con fecha 11 de marzo de 2019 se emite dictamen técnico desde Centro Base nº 10 CRECOVI, con reconocimiento de grado total de discapacidad de un 34%.

Previo estudio preoperatorio, la paciente fue intervenida el día 28 de marzo de 2019.

Durante el acto quirúrgico del primer oído (izquierdo) se objetivaron signos clínicos de otitis media crónica, lo que supuso una dificultad añadida en la intervención. Se realizó mastoidectomía, timpanotomía posterior y cocleostomía. Se introdujo el electrodo de prueba que entró sin

dificultad pero, al insertar el electrodo definitivo, no progresaba en la rampa timpánica, por lo que, se decidió no insistir, procediéndose al cierre quirúrgico y a dejar para un estudio posterior la causa de la no progresión de cara a planificar la intervención posterior con las mejores garantías.

El cirujano continuó con el otro oído (derecho) que fue satisfactoriamente implantado.

En el postoperatorio se solicita estudio TC de imagen en el que se objetivaron, además de los cambios de los tiempos quirúrgicos realizados, una imagen de cuerpo extraño metálico impactado en el hueso adyacente a la espira basal que improntaba ligeramente en la luz de la cóclea.

Ante esta situación clínica se estudiaron opciones y se comunicó a la familia el deseo de revisar el campo quirúrgico en un segundo tiempo con el fin de intentar extraer el cuerpo extraño metálico e intentar insertar el electrodo del implante. El oído contralateral comenzó la programación y apertura de canales en sus tiempos correspondientes después de la primera cirugía.

Durante el segundo acto quirúrgico (1 de julio de 2019) se consiguió localizar la cocleostomía previa, la esquirra metálica visualizada en el TC que debía corresponder a un fragmento impactado de la fresa de cocleostomía de la primera intervención que limitaba el paso del electrodo en dicha cirugía y a insertar el electrodo del implante cuyo test de integridad fue normal.

Tras la última intervención se incorporó a tratamientos y sesiones en el centro de atención temprana a partir del día 25 de julio de 2019, manteniéndose coordinación con el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús con la profesional del caso de la Unidad de Terapias Funcionales-Implantes cocleares.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente un informe, fechado el 6 de julio de 2020, de la jefe de Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús que relata la asistencia prestada a la paciente con las intervenciones realizadas los días 28 de marzo de 2019 y 1 de julio de 2019 y concluye poniendo de manifiesto que *“actualmente la paciente tiene los dos implantes funcionantes y en seguimiento por parte de Logopedia y Otorrinolaringología de nuestro centro”*.

Con fecha 14 de julio de 2020 emite informe el jefe de Sección del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias que relaciona las distintas consultas y pruebas realizadas a la niña entre el 3 de noviembre de 2016 y 3 de octubre de 2018. El informe explica cómo la prueba de PEATC, prueba aceptada universalmente como *“gold standard para screening de hipoacusia”*, puede hacerse con el software VIVOSONIC Integrity 5.2, que combina nuevas tecnologías de procesamiento de señales y capacidades inalámbricas para producir grabaciones claras sin la necesidad de sedación y/o anestesia; o con el software Bio-logic Auditory Evoked Potenciales (ver 7.0.0), que precisa la sedación del paciente para su ejecución.

El día 29 de julio de 2020 el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias elabora nuevo informe para aclarar su informe anterior en el que añade que la prueba PEATC es una prueba objetiva que mide la respuesta eléctrica de la vía auditiva y no precisa colaboración del paciente y que el hecho de realizar la prueba con otro equipo es para poder comparar el resultado con ambos equipos y tener un resultado más fiable y que *“el resultado tras la repetición de las pruebas es que presenta un umbral normal de audición”*.

Consta, igualmente, un informe del Centro de Atención Temprana, de julio de 2020 que, tras exponer la asistencia prestada a la menor, concluye:

“Hasta la fecha actual julio 2020 no ha tenido problemas significativos de salud, ni relacionados con las anteriores intervenciones. Se ha mantenido coordinación con el hospital Niño Jesús durante diciembre de 2019 con la profesional del caso de la Unidad de Terapias Funcionales-Implantes cocleares”.

Por su parte, la conclusión del informe final terapéutico del Centro de Atención Temprana APHISA de julio 2020 es:

“La evolución de (...) durante este curso ha sido muy positiva, observándose mayor uso del lenguaje oral y mejor comprensión del mismo. No obstante, proponemos ampliar las sesiones de logopedia a 2 sesiones semanales de 45 minutos, en sesión individual, para mejorar el lenguaje y el habla en su vertiente expresiva y comprensiva”.

El día 21 de agosto de 2020 emite informe la Inspección Sanitaria (folios 65 a 72) que, tras analizar la asistencia prestada al reclamante concluye que *“la asistencia prestada ha sido adecuada y correcta a la lex artis”*.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia a los interesados que han formulado alegaciones con fecha 20 de octubre de 2021. En dicho escrito insisten en la mala praxis del Hospital Universitario Príncipe de Asturias en la realización de las pruebas PEATC lo que retrasó el diagnóstico y tratamiento de la niña, así como por la posterior operación fallida de implante coclear que dejó alojado en el cráneo de la niña un fragmento metálico de material quirúrgico que precisó nueva intervención para su extracción.

Se ha formulado propuesta de resolución por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria con fecha 10 de diciembre de 2021 desestimatoria de la reclamación al considerar que no se ha acreditado la mala praxis y no concurrir la antijuridicidad del daño.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 16 de diciembre de 2021 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 694/21, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 8 de febrero de 2022.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros, por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la

Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 20 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La paciente ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche dispensada por el Hospital Universitario Príncipe de Asturias y por el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús. La menor actúa representada legalmente por sus padres que han acreditado su relación paterno-filial y han otorgado su representación a un abogado.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado en centros sanitarios públicos de su red asistencial.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el caso que nos ocupa, la menor fue diagnosticada finalmente de hipoacusia neurosensorial profunda bilateral en octubre de 2018, proponiéndose intervención de implantes cocleares que precisó dos operaciones, la última de ellas realizada el día 1 de julio de 2019, por lo que no existe duda alguna de que la reclamación presentada el día 25 de junio de 2020 está formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 LPAC, esto es, al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús y al Centro de Atención Temprana APHISA. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha unido al procedimiento la historia clínica, concediéndose trámite de audiencia a los reclamantes y dictando propuesta de resolución.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11

de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 2005, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 2006 , 16 de noviembre de 2008 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 2009)”*.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada “*lex artis*” se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) 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»*, por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*».

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien

reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 20 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado en el expediente que la reclamante fue diagnosticada de hipoacusia neurosensorial profunda bilateral en octubre de 2018, confirmándose este diagnóstico tras intervención para inserción de drenajes transtimpánicos. Se alega en el escrito de reclamación que el retraso en el desarrollo de la menor se debe al retraso en el diagnóstico de la hipoacusia y, en concreto, a la incorrecta realización de las pruebas PEATC por el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias que *“arrojaban resultados falsos y aberrantes porque se estaban realizando con la niña despierta, cuando habían de realizarse con la niña dormida”*. Por otro lado, también se reclama por la intervención fallida realizada en el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús el día 28 de marzo de 2019 al quedar un fragmento metálico incrustado que requirió una segunda intervención.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron a la reclamante, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este

sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el presente caso, los interesados no aportan prueba alguna, como puede ser un informe pericial, que acredite la existencia de mala praxis en la atención sanitaria dispensada por el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, así como por el mismo servicio del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús. Frente a esta ausencia probatoria, tanto el informe de los servicios de Otorrinolaringología de ambos centros hospitalarios que prestaron la asistencia sanitaria, como el informe de la Inspección, coinciden en señalar que la asistencia prestada al reclamante fue conforme a la *“lex artis”*, lo que se corrobora con la historia clínica.

En relación con la primera cuestión alegada, sobre cómo debía realizarse la prueba diagnóstica PEATC, en el escrito de reclamación se sostiene que se tenían que haber realizado con la niña dormida y que en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias se realizaban con la niña despierta. Afirmación que resulta contradicha en la historia clínica donde consta que en dos ocasiones (23 de noviembre de 2016 y 25 de enero de 2017) se realizó la prueba *“dormida con equipo antiguo”*.

Además, el informe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias puntualiza que la prueba diagnóstica PEATC, aceptada universalmente para el diagnóstico de la hipoacusia, es una prueba objetiva que mide la respuesta eléctrica de la vía auditiva y no precisa de la colaboración del paciente y que el software utilizado en los demás casos combina nuevas tecnologías de procesamiento de señales sin necesidad de relajación o sedación. Según el informe, el hecho de realizar la prueba con otro equipo es para poder comparar el resultado con ambos equipos y tener un resultado más fiable.

En este sentido, el informe de la Inspección señala que hubo un estricto seguimiento por parte de Pediatría y Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias *“en una niña de meses, que desde un inicio tuvo el diagnóstico de sospecha de hipoacusia, y que ha sido difícil confirmar este diagnóstico, ya que en algunas de las audiometrías realizadas los valores estaban dentro de la normalidad”*.

Por otro lado, en relación con el retraso en el desarrollo de la menor, es preciso tener en cuenta que, como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, a partir de los seis meses (febrero de 2017) la niña fue derivada a un centro de atención temprana acordándose por el equipo de valoración realizar un seguimiento quincenal en el propio centro APHISA y fue decisión de los padres dejar de acudir a dicho centro a partir de mayo de 2017.

En cuanto a la alegación relativa al fracaso de la primera intervención realizada el día 28 de marzo de 2019, resulta igualmente desvirtuada en la historia clínica donde se pone de manifiesto, en primer lugar, que la intervención logró su objetivo en el oído derecho, no pudiendo llegar a realizarse en el oído izquierdo, en el que se objetivaron signos clínicos de otitis media crónica lo que supone una dificultad añadida en una intervención compleja, en las que el informe quirúrgico posterior describió lesiones osteolíticas en oído medio.

El informe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús indica que se decidió no insistir en la inserción del electrodo definitivo y no insistir en un problema que en ese momento no se podía diagnosticar. Considera el informe que esta forma de proceder es habitual en este tipo de cirugías complejas, donde intentar intraoperatoriamente resolver la situación puede complicar en vez de solucionar, recurriéndose a realizar un estudio completo de imagen para planificar en un segundo tiempo una solución posterior con mejores garantías.

Por tanto, debemos considerar que la atención dispensada a la niña, tanto por el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, como por el mismo Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, fueron conforme a la *lex artis*, como concluye la médica inspectora.

Conclusión a la que debemos atenernos dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 24 de febrero de 2020 (recurso nº 409/2017):

“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado la existencia de mala praxis en la asistencia sanitaria prestada a la paciente, ni concurrir la antijuridicidad del daño.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de

quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 8 de febrero de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 65/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid