

Expediente Núm. 6/2012
Dictamen Núm. 104/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 28 de marzo de 2012, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 19 de enero de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha que no consta, por resultar ilegible la del sello, el perjudicado presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la asistencia prestada por el servicio público sanitario. Dicho escrito tiene entrada en el Servicio de Salud del Principado de Asturias el día 13 de marzo de 2009.

Refiere el interesado que, “dentro de sus revisiones periódicas normales, acudió en fecha 02-06-2008 al Centro de Salud (...) Piedras Blancas, donde le

fue practicado, por indicación médica, un lavado de oídos en la consulta de enfermería”, y que “a consecuencia del citado lavado le fueron causadas graves lesiones en el oído, irreparables según el otorrino, que, además le impiden la utilización de prótesis auditivas, quedando afectadas, por ello, gravemente, las actividades normales de su vida diaria”.

Manifiesta que “la causa de sus lesiones” es, “según se le ha indicado, el citado lavado realizado con negligencia profesional grave y culposa en que incurrieron los servicios de enfermería”, quienes considera que actuaron “con total olvido de la praxis profesional y de los protocolos de actuación”.

Por ello, solicita que se tenga “por formulada reclamación patrimonial”.

Al escrito adjunta copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informe del Centro de Salud, fechado el 24 de febrero de 2009, en el que consta que el perjudicado “acude a la consulta de enfermería para extracción de tapones de oídos el día 2 de junio de 2008, previo paso por consulta médica de Atención Primaria que ordena el lavado de oídos”. b) Hoja de episodios del centro de salud en la que se anota, el día 2 de junio de 2008, que “refiere pérdida de audición, más acentuada” en oído izquierdo (trae audífonos desde hace 2 años). A la explorac. se aprecia perforación timpánica”, acude para revisión. c) Informe del Jefe en funciones del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital, fechado el día 6 de octubre de 2008, en el que figura que el paciente “es remitido a este Servicio el día 14-07-08, por presentar tras lavado de oídos: (...) Otorrea izquierda (...). Hipoacusia bilateral más acentuada en oído izquierdo”, estableciéndose, entre otros diagnósticos, el de “perforación timpánica izquierda”, con la recomendación de “evitar la entrada de agua en los oídos”. d) Informe del mismo Servicio, de fecha 11 de febrero de 2009, en el que consta, a la exploración, “perforación central izquierda”, y en el oído izquierdo “hipoacusia mixta en frecuencias graves y perceptiva en frecuencias agudas”, reproduciendo las recomendación de “evitar la entrada de agua en los oídos” del informe anterior.

2. Con fecha 30 de marzo de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al perjudicado la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará y los efectos del silencio administrativo. En el mismo escrito se concede un plazo de diez días para que proceda "a la cuantificación económica del daño o, en su defecto, indicar las causas que motivan la imposibilidad de realizarla, indicándole que, de no recibirse contestación en el plazo anteriormente señalado, se le tendrá por desistido de su petición".

3. El día 9 de abril de 2009, el reclamante presenta en una oficina de correos un escrito en el que cuantifica la indemnización solicitada en veintiocho mil ciento treinta y ocho euros con treinta y seis céntimos (28.138,36 €), que desglosa en los siguientes conceptos: "secuelas" de "perforación timpánica, sin reparación quirúrgica", y de "pérdida de agudeza auditiva en oído izquierdo, sin posibilidad de utilización de prótesis auditivas", 10.665,44 €, e "incapacidad para la actividad habitual de la víctima, con secuelas permanentes que limitan parcialmente dicha actividad", 17.472,92 €. Según señala, para realizar aquel cálculo ha recurrido a las normas "contenidas en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para indemnización de los daños causados en accidente de circulación", que aplica "por analogía".

4. Con fecha 30 de marzo de 2009, la Gerente de Atención Primaria del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios una copia de la historia clínica del perjudicado y el informe de la doctora y de la enfermera que atendieron al paciente en relación con el proceso asistencial por el que se reclama.

El historial médico se integra por una copia de la hoja de episodios en la que únicamente se contienen anotaciones correspondientes a las consultas de los días 22 de mayo de 2008 y posteriores. El 22 de mayo de 2008 figura "lavado de oídos por orden médica verbal" de la doctora "con fecha de

22-05-08. El paciente me pide un informe por escrito de dicho lavado. Informe que se le da con fecha errónea de 02-06-08, fecha equivocada por no encontrarme yo pasando la consulta ese día”.

Con fecha 24 de marzo de 2009, la doctora responsable informa que el paciente “fue visto en mi consulta el día 22 de mayo de 2008, cuando acude urgente por un problema en el oído” (derivado de un centro privado), “para extracción de un tapón de cerumen del oído” izquierdo. Una vez explorado se aprecia que tiene un tapón de cerumen en el oído, siendo derivado a la ATS/DUE de cupo para la extracción de dicho tapón, según técnicas habituales./ El día 2 de junio de 2008 acude de nuevo a la consulta refiriendo la pérdida de audición, siendo esta más acentuada en el oído izdo. Tras la exploración realizada ese mismo día se aprecia una perforación del tímpano, motivo por el cual se deriva” al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital

En el informe que suscribe la enfermera el día 26 de marzo de 2009 se señala que “yo no realizo el lavado el 02-06-2008 ni el que se le practicó tuvo ningún tipo de problema o secuela”.

5. Con fecha 16 de febrero de 2010, el Subdirector Médico del Hospital, atendiendo a la solicitud formulada por el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios, le remite una copia de la historia clínica de dicho paciente. En ella constan los siguientes documentos: a) Informe del Servicio de Otorrinolaringología, de fecha 21 de enero de 1998, en el que se anota “t. izdo. escleroso con perforación anterior”. b) Hoja de interconsulta dirigida por el facultativo de Atención Primaria al Servicio de Otorrinolaringología el día 30 de agosto de 2005, en la que consta “vértigo e hipoacusia perceptiva 2ª a trauma acústico. MC conocido de consultas anteriores por hipoacusia y vértigo. Desde hace un año presenta agudización sintomática. Tto., sedantes vestibulares”. c) Informe del Servicio de Otorrinolaringología, de fecha 26 de septiembre de 2005, en el que se refleja que el paciente presenta a la exploración del oído izquierdo “una perforación central posterior inactiva” y que “el examen audiométrico” muestra en dicho

oído una "hipoacusia mixta con umbral a partir de 50 dB y caída progresiva en frecuencias agudas". c) Informes del mismo Servicio de fechas 6 de octubre de 2008 y 11 de febrero de 2009, ya aportados por el interesado junto con el escrito de reclamación. d) Hoja de interconsulta, de fecha 2 de junio de 2008, en la que se consigna, entre los "episodios activos", "25-07-05 vértigo e hipoacusia perceptiva 2ª a trauma" acústico. e) Hojas de resultados de las audiometrías realizadas con fechas 21 de enero de 1998, 22 de septiembre de 2005 (en la que no figuran los resultados del oído izquierdo, por estar la copia cortada) y 14 de julio de 2008. f) Hojas de curso clínico del Servicio de Otorrinolaringología en la que se indica, el día 30 de enero de 2009, "hacer I indicando (...): La PT apareció a raíz (del) lavado (de) oídos (...). Si otorrea Baycip ótico/12 h (...). Remitir si precisa".

6. El día 20 de mayo de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, resumidos los hechos reclamados, descrito el daño y valorado globalmente el caso, concluye que nos encontramos ante una "perforación timpánica iatrogénica, ya que se hizo el lavado sobre una membrana timpánica esclerosada y perforada, diagnóstico emitido ya en el año 1998 (aunque en el momento del acto médico estuviera 'más o menos' recuperada), llevando el paciente prótesis auditiva desde esa fecha. Este mismo diagnóstico de perforación de membrana timpánica de OI fue confirmado en la exploración realizada" por el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital "el 22 de noviembre de 2005 (según consta en su historial clínico), recomendando que debía evitarse la entrada de agua en los oídos". Considerando que "estaba contraindicada la entrada de agua en los conductos auditivos, al estar la membrana timpánica esclerosada y posiblemente perforada", entiende que la reclamación "debe ser estimada en la cuantía indemnizatoria que será fijada en un momento posterior del procedimiento".

7. Al expediente se incorpora, a continuación, un informe elaborado el día 19

de octubre de 2011 por la "división médico sanitaria" de la aseguradora de la Administración. En él se refleja que "la pérdida máxima de audición en un solo oído es de 12 puntos, pero la valoración se debe hacer considerando la audición anterior, en este caso, comparando la última audiometría con la que tenemos del año 98 ha perdido 40 dB, ya que en la frecuencia de 500 tenía 30 y actualmente 70./ Esto son 4 puntos". Añade que "esta pérdida de audición no es susceptible de invalidez" y que "la perforación de tímpano como tal no se valora como secuela, solo la pérdida auditiva". De acuerdo con lo anterior, la indemnización correspondiente ascendería, según expresa, a 2.355 €.

8. Con fecha 14 de noviembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al perjudicado la apertura del trámite de audiencia con vista del expediente durante un plazo de quince días.

9. El día 1 de diciembre de 2011, el interesado presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que se ratifica en la pretensión indemnizatoria manifestada en la reclamación inicial.

10. Con fecha 9 de diciembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en el sentido de "estimar la reclamación", aunque sin realizar ninguna consideración acerca de la cuantía indemnizatoria cuyo abono se propone. Afirma el referido Jefe de Servicio que con el lavado de oídos al paciente "se le agudizaron los síntomas de una perforación timpánica en el oído izquierdo, cuya membrana llevaba muchos años esclerosada y perforada". Entiende que en tal situación "estaba contraindicada la entrada de agua en los conductos auditivos", de lo que extrae la conclusión de que "la práctica médica y sanitaria aplicada no se revela correcta".

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de enero de 2012, registrado de entrada el día 23 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo

Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo

empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación, si bien se presenta en una oficina de correos en fecha que no consta, se recibe en el Servicio de Salud del Principado de Asturias el día 13 de marzo de 2009, habiéndose manifestado el daño consistente en la perforación timpánica por la que se reclama el día 2 de junio de 2008, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable

económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Es objeto de nuestro análisis una reclamación de daños que se achacan a una actuación sanitaria que se reputa contraria a la *lex artis*.

Los daños que se reclaman son los de "perforación timpánica, sin reparación quirúrgica", y la "pérdida de agudeza auditiva en oído izquierdo, sin posibilidad de utilización de prótesis auditivas", así como la "incapacidad para la actividad habitual de la víctima, con secuelas permanentes que limitan parcialmente dicha actividad".

En prueba de los daños alegados, el perjudicado aporta informes médicos de los que resultan los diagnósticos de perforación timpánica izquierda e hipoacusia, aunque ni en aquellos documentos ni en los obrantes en su historia clínica se reflejan la aducida imposibilidad de reparación timpánica y la inviabilidad de corrección mediante prótesis de la pérdida de audición. La incapacidad del perjudicado para la realización de su actividad habitual tampoco ha sido probada.

Ahora bien, la mera constatación de unos daños surgidos en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y

técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

El interesado atribuye el origen de sus lesiones, de modo genérico, a la realización de un lavado de oídos "con negligencia profesional, grave y culposa" y con "total olvido de la praxis profesional y de los protocolos de actuación".

La Administración, que propone estimar la reclamación, considera probada la existencia de nexo causal entre la actuación del servicio público sanitario y el daño efectivamente sufrido, por estar el lavado con agua "contraindicado" en atención a las circunstancias personales del paciente, que presentaba una perforación timpánica izquierda conocida desde el año 1998. Pese a la preexistencia de la lesión mencionada, quien suscribe el informe técnico de evaluación entiende que se ha producido una "perforación timpánica iatrogénica". Tal parecer resulta ser coincidente con el del Servicio de

Otorrinolaringología encargado de la Atención Especializada del reclamante, pues en la hoja de curso clínico del mismo se anota, el día 30 de enero de 2009, que "la PT apareció a raíz (del) lavado (de) oídos". Sin embargo, en la propuesta de resolución, considerando que la membrana timpánica ya "llevaba muchos años esclerosada y perforada", se concreta el daño ocasionado por la actuación sanitaria, de un modo más razonable, en la "agudización" de los "síntomas de una perforación timpánica en el oído izquierdo".

Apreciada la existencia de nexo causal por la Administración en los términos que se consignan en la propuesta de resolución, no cabe que este Consejo formule ninguna objeción, por lo que solo resta el análisis de la indemnización correspondiente a los daños acreditados. La instrucción ha incorporado al expediente el informe elaborado por la compañía aseguradora de la Administración, en el que se refleja como importe de la indemnización a satisfacer el resultante de valorar la pérdida de audición según las copias de las hojas de resultados de las audiometrías obrantes en la historia clínica del paciente. Aunque no se expresa en el informe, es probable que la ilegibilidad de los resultados de la audiometría del oído izquierdo realizada en 2005 llevase a la aseguradora a valorar la pérdida auditiva del paciente comparando los datos de la realizada en julio de 2008 con la practicada más de diez años antes -en enero de 1998-, ignorando los datos más recientes. La propuesta de resolución, por su parte, no se pronuncia sobre este extremo ni sobre la valoración del daño causado, omitiendo toda referencia a la cuantía de la indemnización a satisfacer y limitándose a proponer de forma genérica la estimación de la reclamación formulada.

Como ya hemos señalado en anteriores dictámenes, dado que la reclamación se presenta frente al Principado de Asturias y no en el ejercicio de una acción directa del perjudicado frente a la aseguradora, debe ser la propia Administración la que decida, conforme al criterio del interés público, y después de practicar la pertinente instrucción, a la que viene obligada por ley, la cuantía indemnizatoria que, en su caso, pueda corresponder al reclamante por los daños efectivamente acreditados que son imputables al servicio público. Para el

cálculo de la indemnización que proceda parece apropiado valerse del baremo establecido al efecto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), en sus cuantías actualizadas para el año 2012, que, si bien no es de aplicación obligatoria, puede ser utilizado, con carácter orientativo, a falta de otros criterios objetivos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos que hemos expresado.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.