

Expediente Núm. 122/2012
Dictamen Núm. 252/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 19 de septiembre de 2012, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 7 de mayo de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la asistencia recibida en un centro sanitario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 15 junio de 2011, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del, a su juicio, anormal funcionamiento del servicio público sanitario.

Refiere que el día 17 de junio de 2010 acudió, por recomendación de un optometrista que estaba valorando la posibilidad de “poner audífono en (el)

oído derecho”, a un centro de salud para extraer un tapón de cerumen y que “cuando el ATS acabó con su actuación, y sintiéndome mareado y con un nivel auditivo en ese oído izquierdo casi nulo”, se me recetaron por la doctora “unas gotas óticas (...) y se me remitió (...) al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital (...), habiéndoseme efectuado valoración en fecha 16 de julio de 2010 y diagnosticándome de perforación timpánica en oído izquierdo tras extracción de tapón de cerumen, y recomendándoseme nueva valoración en seis meses”. Tras indicar que “con fecha 19 de enero de 2011 se me realizó nueva revisión (...), donde como tratamiento definitivo se me recomendó protesizar también el oído izquierdo con audífono retro con buen venting”, afirma el reclamante que “es más que evidente que con ocasión de la extracción del tapón de cerumen se me causó la perforación del tímpano del oído izquierdo y con ello una deficiencia auditiva muy importante, ya que (...) tengo una pérdida auditiva en ese oído del 62%”, precisando “que hasta la fecha de la extracción del tapón no presentaba pérdida auditiva en el mismo, por cuanto solo acudí al optometrista para valorar colocación de audífono en el oído derecho”. Manifiesta que los perjuicios sufridos por lo que califica de “negligente actuación profesional del ATS del centro de salud” ascienden a un total de veintinueve mil treinta y cuatro euros con cuatro céntimos (29.034,04 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 24 días improductivos, 1.287,84 €; 30 puntos de secuelas, 25.846,20 €, y “compra de audífono”, 1.900 €. Finaliza solicitando que se le reconozca su derecho a ser indemnizado en la cantidad señalada.

Acompaña al escrito de la siguiente documentación: a) Volante de citación en el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital para el día 16 de julio de 2010 a solicitud de una médica del centro de salud. b) Notas de progreso del Hospital, de fecha 16 de julio de 2010, en las que figura como paciente el ahora reclamante y se consigna, “tras el intento de extracción” de un tapón de cerumen en el oído izquierdo, “hipocuasía y diagnosticado de perforación timpánica hace un mes (...). Perforación timpánica posterior central y seca” en oído izquierdo. Hipocuasía “neurosensorial moderada” de oído

izquierdo "y ligeramente peor" en oído derecho, en el que existe un componente transmisivo". c) Receta de una doctora, de fecha 17 de junio de 2010, en la que se le prescriben unas gotas al afectado. d) Receta similar a la anterior, de fecha 30 de junio de 2010. e) Volante de citación en el Hospital para el día 19 de enero de 2011. f) Historia clínica del interesado, firmada el día 19 de enero de 2011 por un facultativo del Hospital, en la que se hace constar "otomicroscopia: normal oído derecho. Audífono en ese oído tipo retro. En oído izquierdo perforación conocida cuadrante posterior de oído izquierdo. Resto de tímpano es escleroso. Seca. Posiblemente había un área monomérica en la zona de la actual perforación o ya estaba perforado previamente". g) Informe de un gabinete auditivo privado en el que, bajo una rúbrica ilegible, se señala que el reclamante acudió "el día 16 de junio de 2010. Observa que oye mal y quiere hacerse una revisión auditiva. En el estudio previo que se le realiza comenta que el oído de mejor audición es el oído izquierdo. Al realizarle la otoscopia (visión del oído) se le observan tapones de cera en ambos oídos, con lo cual se le deriva al médico para proceder a la limpieza y volver una vez que los oídos estén limpios./ Transcurridos unos días y con la limpieza efectuada vuelve el 16 de julio de 2010 quejándose de haber tenido muchos dolores durante la extracción. Se le vuelve a hacer una otoscopia y se observa que tiene el tímpano izquierdo perforado. Se le hace examen audiométrico y sale una pérdida auditiva del oído derecho del 70% y un 53% en el oído izquierdo./ El 20 de diciembre de 2010 acude otra vez al gabinete auditivo, se le repite el examen audiométrico y obtenemos una pérdida de 67% en oído derecho y un 62% en el oído izquierdo". h) Factura del gabinete auditivo, de fecha 31 de enero de 2011, por importe de 1.900 € en concepto de un "1 audífono digital".

2. Mediante escrito de 27 de junio de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las

normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 29 de junio de 2011, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado para elaborar el informe técnico de evaluación solicita a la Gerencia de Atención Primaria del Área Sanitaria III una “copia de la historia clínica (...) en relación con este episodio, así como informe emitido por los profesionales implicados, médico de familia y ATS/DUE”.

4. En respuesta al requerimiento efectuado, el día 11 de julio de 2011, la Directora Médica de Atención Primaria traslada al Inspector de Prestaciones Sanitarias una copia de la historia clínica solicitada y un informe” de la doctora responsable del proceso asistencial, de 5 de julio de 2011, así como una copia del consentimiento informado para el lavado de oídos, firmado por el reclamante el 17 de junio de 2010. Añade que “el personal de enfermería (...) que atendió al usuario el 17 de junio de 2010 por tapón de cerumen es personal que realiza sustituciones, y que en el momento actual no tiene vinculación contractual con esta Gerencia”.

5. A la vista de la documentación remitida, el día 29 de julio de 2011, el Inspector de Prestaciones Sanitarias solicita a la médica del centro de salud que aclare si previamente al lavado de oídos se le realizó o no un examen otoscópico al perjudicado. La referida facultativa indica, con fecha 16 de agosto de 2011, que, “según consta en informe previo (...), acudió directamente a consulta de enfermería para extracción de tapón de cerumen previo a colocación de audífono. El paciente es valorado por mí en consulta de enfermería tras haberle sido realizado el lavado por requerimiento de DUE, no habiéndole por tanto realizado examen otoscópico previo a lavado por mi parte”.

6. Con fecha 30 de agosto de 2011, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras describir los hechos alegados y establecer los que resultan acreditados, propone la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial argumentando que, “en definitiva, no se puede afirmar la existencia de una relación de causa-efecto entre la técnica del lavado de oídos a la que el perjudicado fue sometido y la supuesta perforación timpánica que afirma haber sufrido, pues es muy probable que la perforación existiese previamente o que se viese facilitada por la menor resistencia de la membrana timpánica a ese nivel. Por otra parte, el hecho de no haber realizado una otoscopia previa al lavado en nada menoscaba la actuación de la profesional actuante, pues es conocido que esa técnica en la inmensa mayoría de los casos se realiza ‘a ciegas’, constituyendo la perforación del tímpano la materialización de uno de los riesgos típicos del procedimiento, incorporado al documento de consentimiento informado que el perjudicado firmó. De acuerdo con el criterio mayoritario de la doctrina, el daño no es antijurídico, por lo que el reclamante tiene el deber jurídico de soportarlo”.

7. Mediante escritos de 6 de septiembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

8. Con fecha 2 de octubre de 2011, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por un especialista en Otorrinolaringología. En él se concluye que “la pérdida de audición del paciente es anterior a cualquier actuación médica (...). La perforación timpánica no está demostrado que fuera consecuencia del lavado de oído realizado, podría ser causa de anteriores lesiones del oído que padecía el paciente (...). Todos los

estudios y tratamientos aplicados fueron correctos (...). A mi juicio, toda la actuación médica está dentro de la *lex artis ad hoc*".

9. El día 3 de noviembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, a fin de que pueda presentar las alegaciones y justificaciones que estime pertinentes, y le adjunta una copia de la documentación obrante en el expediente.

Con fecha 21 de noviembre de 2011, el reclamante presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que "reitera lo interesado en la reclamación presentada (...). Por otro lado, me ha sorprendido ver un consentimiento informado para el lavado de oídos que no me fue presentado y que por supuesto no firmé./ Resaltar de ese consentimiento informado, cuyo contenido desconocía hasta haber examinado el expediente administrativo, que en ese documento se indica que el paciente debe ser examinado mediante otoscopia por su médico para objetivar la presencia del posible tapón y descartar alguna situación que pudiera contraindicar la realización del lavado, y consta sobradamente acreditado que a quien suscribe no se le practicó esa referida otoscopia, lo que justifica la indemnización peticionada".

10. El día 30 de noviembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Considera que en nada impide esta conclusión la alegación presentada por el reclamante en el trámite de audiencia, toda vez que frente a la misma, y reiterando lo señalado en el informe técnico de evaluación, "el hecho de no haber realizado una otoscopia previa al lavado en nada menoscaba la actuación de la profesional actuante, pues es conocido que esa técnica en la inmensa mayoría de los casos se realiza 'a ciegas', constituyendo la perforación timpánica la materialización de uno de los riesgos típicos del procedimiento".

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de mayo de 2012, registrado de entrada el día 11 de ese 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 se presenta con fecha 15 de junio de 2011, habiendo tenido lugar el episodio del que trae causa el día 17 de junio de 2010, por lo resulta evidente 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.- El interesado reclama una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la pérdida auditiva que dice sufrió con ocasión de la extracción de un tapón de cerumen que le habría provocado una perforación del tímpano del oído izquierdo, y que atribuye a una “negligente actuación profesional” del ATS de su centro de salud que llevó a cabo aquella extracción.

La perforación del tímpano del oído izquierdo y la pérdida auditiva denunciados por el perjudicado resultan acreditadas con la documentación obrante en el expediente, por lo que cabe considerar que concurre la efectividad del daño alegado, sin perjuicio de la valoración que quepa efectuar en el caso de que este dictamen concluyese que se dan los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial administrativa.

Ahora bien, la mera constatación de un daño real, efectivo, individualizado, evaluable económicamente y surgido 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 en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, 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 sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, 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 favorables en relación con la salud del paciente.

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.

En el presente caso el reclamante fundamenta su petición en una afirmación axiomática, en el sentido de atribuir a una “negligente actuación profesional” de un ATS de su centro de salud la pérdida auditiva y la perforación del tímpano izquierdo que sufre.

Por su parte, los informes técnicos incorporados al expediente por la Administración sanitaria frente a la que se reclama, tanto el informe técnico de evaluación como el pericial de la aseguradora, resultan coincidentes en considerar que la asistencia sanitaria prestada ha sido en todo caso correcta.

Así las cosas, en el expediente remitido consta acreditado que el día 17 de junio de 2010 el ahora reclamante firmó un documento de consentimiento informado para el lavado de oídos. En este documento se describen los posibles riesgos que dicho lavado puede suponer, entre los que se encuentra expresamente recogida la "perforación timpánica". Pero también se señala en él que "previamente al lavado el paciente debe ser examinado mediante otoscopia por su médico para objetivizar la presencia del posible tapón y descartar alguna situación que pudiera contraindicar la realización" de aquel. Pues bien, probablemente debido a que el interesado ya había sido explorado mediante otoscopia por el optometrista de un gabinete auditivo privado, quien había constatado la presencia del tapón y le había derivado al servicio público sanitario sin advertencia de problema o contraindicación alguna para la realización de la técnica habitual de eliminación de tapones de cerumen, lo cierto es que la sanidad pública no realizó directamente la exploración otoscópica, como de manera expresa consignan los protocolos establecidos al efecto, lo que nos lleva a concluir que la Administración no ajustó de modo íntegro su actuación al criterio de la *lex artis ad hoc*, por lo que ha de responder de las consecuencias dañosas que de la citada omisión hayan podido derivarse para el reclamante, que en el presente caso no tiene la obligación jurídica de soportarlas. En definitiva, se ha acreditado un irregular funcionamiento del servicio público sanitario al no reiterar la exploración otoscópica del perjudicado con carácter previo a la realización de la actividad sanitaria concreta.

SÉPTIMA.- Establecida así la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, se hace necesario concretar el importe

indemnizatorio, y ello en función de los daños y perjuicios que resulten acreditados y que se encuentren ligados en una relación directa de causa-efecto con el irregular funcionamiento del servicio público sanitario constatado.

A estos efectos, el reclamante, al momento de proceder a la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial formulada, distingue hasta un total de tres conceptos indemnizatorios distintos, conforme a los cuales, de los 29.034,04 € que en importe global son reclamados, 1.287,84 € corresponderían a 24 días impeditivos; 25.846,20 € a las secuelas (perforación del tímpano y pérdida auditiva), que valora en 30 puntos, y 1.900 € a la “compra de audífono” que, según sostiene, hubo de adquirir como consecuencia de esa rotura timpánica. Sin embargo, los informes técnicos que obran incorporados al expediente no permiten tener por probado que la rotura del tímpano se haya producido efectivamente durante la actividad sanitaria. En efecto, tanto el informe del servicio especializado del Hospital, como el informe técnico de evaluación y el pericial de la aseguradora de la Administración, coinciden en considerar que tanto la pérdida de audición como la perforación del tímpano pudieran ser preexistentes incluso al momento de la extracción del tapón de cerumen, sin que el interesado, sobre quien pesa la carga de la prueba, haya aportado informe técnico alguno que lo cuestione. También niegan dichos informes que se haya producido la pérdida auditiva a que alude el reclamante, sosteniendo que, a tenor de los datos que constan en la historia clínica, la misma ya existía con anterioridad; afirmación que tampoco discute el interesado. A ello hay que añadir que el perjudicado tenía 77 años cuando se realizó el lavado, el reconocimiento por parte del mismo de haber sufrido problemas previos en ambos oídos y la existencia de un documento de consentimiento informado firmado por él el día en que se llevó a cabo la extracción de cerumen en el que se describe la “perforación timpánica” como uno de los posibles riesgos de este procedimiento. Lo único que resulta indubitablemente probado, a la luz de la documentación que tenemos a nuestro alcance, es que con posterioridad a la extracción del tapón el reclamante refirió

dolores y molestias de modo reiterado que le obligaron a acudir a la consulta de los servicios especializados de Otorrinolaringología, donde, a la postre, se constató la rotura del tímpano, aunque sin que fuera posible establecer un nexo causal con la actividad sanitaria previa.

A la vista de ello, considera este Consejo Consultivo que debe reconocerse al interesado una indemnización, al momento actual, por importe de dos mil euros (2.000 €) por todos los conceptos, incluidos intereses, por los daños y perjuicios señalados.

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 al momento actual en la cuantía de dos mil euros (2000 €), en los términos expresados.”

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.