



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 169/2006

(Sección 2ª)

La Laguna, a 22 de mayo de 2006.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por A.S.P., en nombre y representación de A.S.O., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario: Técnica defectuosamente aplicada. Se estima la reclamación (EXP. 112/2006 IDS)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se informa sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de Salud, integrado en la Administración de la Comunidad Autónoma, por la que se propone desestimar la reclamación de indemnización por daños, que se alega se han producido por el funcionamiento del servicio público sanitario, que ante ella, presenta A.S.P. en el ejercicio del derecho indemnizatorio al efecto contemplado en el Ordenamiento jurídico, en el art. 106.2 de la Constitución, exigiendo la correspondiente responsabilidad patrimonial del titular del servicio, por la que se estima deficiente actuación de los servicios sanitarios prestada a su hijo.

2. La solicitud del Dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, estando legitimado para solicitarla la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada Ley.

* PONENTE: Sr. Reyes Reyes.

3. El reclamante declara que en diciembre de 2002 su hijo presentó molestias en sus oídos y que, como consecuencia de ello, tuvo que acudir al médico de cabecera, el cual les indicó que el afectado tenía tapones de cerumen en sus oídos y que debía acudir a un otorrinolaringólogo para una limpieza y tratamiento.

El día 24 de enero de 2003 el menor fue atendido en el Hospital de Gran Canaria Doctor Negrín por el Doctor J.L.C.H., quien tras varios intentos para extraer los tapones al menor afectado no lo logró y le recetó "unas gotas" para ablandar el cerumen.

El día 31 de enero de 2003 acudió de nuevo a la cita con el Doctor C., quien tras extraerle el tapón del oído izquierdo, pasó al oído derecho teniendo dificultades, después de varios intentos consiguió extraerlo, pero causando grandes dolores y mareos al menor, quien al llegar a su domicilio, ese mismo día, comenzó a sangrar por el oído derecho, estando acompañada la sangre de trozos de piel. Los padres acudieron con el menor inmediatamente a Urgencias del Hospital Doctor Negrín, donde la otorrinolaringóloga de guardia examinó el oído del menor, practicándole una limpieza del mismo. Posteriormente, tras varias consultas se dio por finalizado el tratamiento.

4. El menor continuó durante varios meses con molestias en el oído derecho, por lo que sus padres acudieron con él al otorrinolaringólogo del Hospital Doctor Negrín, tras pedir la oportuna cita, el 10 de julio de 2003, siendo otro facultativo distinto al que le atendió la primera vez quien examinó de nuevo al menor y la diagnóstico una perforación de tímpano, señalando a los padres que salvo que el tímpano se regenere por sí mismo, como de hecho ocurrió, se procedería a practicarle una intervención quirúrgica de miringoplastia.

5. Precisamente, pese a tener el 17 de mayo de 2004 programada la citada intervención quirúrgica, al presentar una enfermedad respiratoria aguda, dicha intervención quirúrgica se suspende. Posteriormente, en ese mismo año y en varios reconocimientos, se determina por los doctores que se ha producido una regeneración del tímpano del menor afectado.

Se reclama por los daños causados al menor, principalmente la perforación del tímpano y sus consecuencias, una indemnización de 30.000 euros.

6. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPAPRP).

II

1 a 5.¹

6. El 23 de marzo de 2005 se requiere al interesado para que aporte informe médico pericial si existiere y los datos personales del perito, así como los de los testigos propuestos.

Por Acuerdo de 15 de junio de 2005, se inadmite la prueba pericial y las declaraciones testificales fundamentándose esta decisión en el hecho de no haber procedido la parte reclamante a mejorar voluntariamente los términos de la solicitud en la forma y plazo indicados según comunicación emitida por este órgano Instructor, (...) a tenor de lo establecido en el art. 71 LRJAP-PAC, en relación con lo dispuesto en el art. 6 RPAPRP.

Este Acuerdo no se considera ajustado a Derecho, porque en esta fase del procedimiento no son aplicables al caso los preceptos legal y reglamentariamente señalados, ya que en su caso tienen aplicabilidad para subsanar y mejorar la solicitud inicial. En todo caso, y como disponen los arts. 80.3 LRJAP-PAC y 9 RPAPRP, "el Instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada".

Por demás, lo medios probatorios no sólo se pueden proponer junto con la reclamación sino en un momento posterior del procedimiento, justamente al acordarse la apertura de la fase probatoria.

A mayor abundamiento, es patente que no se le puede exigir al interesado que dé los datos personales y profesionales de los médicos actuantes perfectamente conocidos por la Administración y, sin duda, fácilmente detectables por ella al

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

trabajar en sus Servicios. En este sentido, es a la Administración a quien es exigible, en virtud de la Doctrina jurisprudencial de la disponibilidad probatoria o denominada de normalidad o facilidad probatoria, como afirma, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/4448), facilitar estos datos y acordar la práctica de los medios de prueba declarados procedentes, cumpliendo de esa forma el Instructor con su función legalmente atribuida (art. 78.1 LRJAP-PAC).

7. El 16 de septiembre de 2005 se otorga el trámite de audiencia al interesado. El 19 de diciembre y con posterioridad a aquél se emite un informe-propuesta previo a la Propuesta de Resolución, sin que se le dé la oportunidad al interesado de presentar un escrito de alegaciones a través de la correspondiente audiencia, vulnerando tanto los principios de contradicción e igualdad, como la correcta realización de la audiencia (arts. 84.4 y 85.3 LRJAP-PAC).

(...)²

III

Por otra parte, en cuanto a la concurrencia de los requisitos constitucional y legalmente previstos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previstos en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se observa lo siguiente:

El interesado es titular de un interés legítimo, el cual le atribuye la legitimación activa en el procedimiento incoado, pudiendo reclamar, ya que es quien sufre el daño, teniendo por lo tanto la condición de interesada en el procedimiento (art. 31 LRJAP-PAC).

En cuanto a su representante, ha quedado suficientemente acreditado que el interesado, menor de edad, es su hijo, de tal manera que en virtud del art. 162 del Código Civil, ostenta su representación legal.

La competencia para tramitar y resolver la reclamación le corresponde el Servicio Canario de Salud, por ser el titular de la gestión del servicio prestado.

² Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

En cuanto al plazo para reclamar, concurre este requisito, ya que se ha reclamado dentro del plazo legalmente previsto (art. 142.5 LRJAP-PAC).

El daño por el que se reclama es efectivo, evaluable económicamente e individualizado en la persona del interesado, de acuerdo con lo prescrito en el art. 139.2 LRJAP-PAC.

IV

1. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen desestima la reclamación al entender que no ha habido una mala praxis, por lo que no se ha infringido al *lex artis*, afirmando según ella en base a los informes disponibles, que la lesión sufrida por el interesado se debe a una inflamación y no se ha producido como consecuencia de una limpieza de oídos defectuosa.

2. En relación con la actuación de los Servicios Médicos en este supuesto, lo primero que hemos de señalar es que el interesado acudió para una limpieza de oídos el día 24 de enero de 2003 al Hospital de Gran Canaria Doctor Negrín, en la que dada la imposibilidad de extraerle el tapón de cerumen por su dureza el médico actuante le prescribió unas gotas para ablandarlo.

Sin embargo, en función de la contestación ofrecida el 15 de octubre de 2003 por el Jefe de Servicio resulta que no consta que la perforación sea debida a la limpieza realizada el día 31 de enero de 2003; que muchas veces existe otorragia por simple traumatismo del conducto auditivo debido a la dureza del tapón; y que el interesado ha sufrido un traumatismo por la dureza del tapón. No obstante, ello se contrapone con el hecho probado de que el facultativo, que antes prescribió gotas para ablandar el tapón, no volvió a prescribirlas pese a que tuvo grandes dificultades para sacar dicho tapón, intentándolo una y otra vez sin éxito, hasta que, al fin, lo logró no sin perjuicio para el paciente, como ha quedado constatado, quien sufrió dolores, mareos y le provocó una otorragia, significativa de una posible perforación de tímpano.

3. Desde luego, la otorragia del afectado, asociada según los informes médicos emitidos a un traumatismo, no aparece antes de las dos visitas al Hospital, sino después, por ello acude a Urgencias el 31 de enero de 2003, admitiéndose en el informe del Servicio que en la exploración auditiva posterior, hecha esa tarde, se

observó que el conducto auditivo externo estaba edematoso, con sangrado, extrayéndosele fragmentos blanquecinos probablemente de epitelio, de modo que el cuadro presentado, y su ulterior consecuencia, aparece con la actuación del otorrino de extracción del tapón y sólo puede ser a ello debido, como se infiere del informe del Servicio.

Además, pese a los síntomas referidos, ni siquiera se efectuó una exploración total del oído sino, como se declara específicamente en el informe del Servicio, que se llevó a cabo una exploración parcial del mismo, cuando parece claro que dadas las circunstancias y conocidos los antecedentes, era procedente un análisis completo para conocer el origen de la otorragia y su alcance, en orden a la definitiva curación y para evitar los efectos posteriores referidos.

4. La Propuesta de Resolución se basa en una afirmación contenida en los propios informes del Servicio en la que se establece que “media un gran período de tiempo entre el lavado instrumental ótico y la detección de la perforación, no pudiendo descartarse que cualquier patología inflamatoria del oído haya sido la causante de dicha perforación durante ese intervalo. Las estadísticas internacionales refrendan que el origen de la perforación está en relación con procesos inflamatorios y en menor proporción por lavados, y sobre todo realizados por manos expertas”.

En esta afirmación no se declara de manera concluyente que la perforación del oído del interesado se deba a una inflamación, sino que sólo se afirma que “no puede descartarse”. Esta posibilidad no se puede descartar en base a unas “estadísticas internacionales”, que ni siquiera se explica cuales son. A mayor abundamiento, en las referidas estadísticas no se niega que un lavado ótico realizado por manos expertas pueda causar la perforación del tímpano, sino que ésta es causa de perforaciones de tímpano en menor proporción que las inflamaciones.

5. En todo caso, el hecho es que la perforación se produce por la manipulación practicada por el otorrinolaringólogo, con sufrimiento para el paciente, estando probado que a pocas horas de verificarse la difícil extracción de un tapón de cerumen se produjo una otorragia, sin existencia en cambio de prueba alguna de que el afectado padeciera ninguna inflamación en sus oídos.

6. De acuerdo con la reiterada Doctrina relativa a la distribución de la carga de la prueba, es claro que corresponde a la Administración titular del servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el

supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros.

En otra línea, esta carga de la prueba no puede trasladarse exclusivamente al reclamante, por ser aplicable el principio de facilidad probatoria, lo que este Consejo ha reconocido de modo reiterado, en consonancia además con el criterio jurisprudencial emanado sobre esta cuestión, siendo particularmente clarificador lo declarado al respecto por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/4448): “Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración (...)”.

7. En definitiva, la otorragia padecida por el paciente, con traumatismo y comportando una ulterior perforación de tímpanos, no puede atribuirse a una contingencia sobrevenida, surgida o derivada de una inflamación que la Administración sanitaria haya probado que tuviera aquel, sino a la forma en que se prestó la asistencia médica, sin que siquiera conste que ante la dureza del tapón se intentara ablandar el mismo, lográndose finalmente su extracción con gran penalidad y generando los antedichos efectos en el menor.

En este sentido, la asistencia requerida se refiere a una atención médica prestada por un especialista, de ahí que la actividad que le era exigible se debe identificar con la apropiada de un experto profesional, que por ello está obligado a actuar conforme a la *lex artis*, con adecuación y utilización de los medios necesarios disponibles y con la precaución que exigía el caso, conocidos los antecedentes y el conocimiento de los problemas derivables de una actuación inapropiada.

8. En esta línea, no contradice lo expuesto, sino que lo confirma, el hecho de que no acudiera el afectado inmediatamente, después de ser tratado el 31 de enero de 2003, a la cita con el otorrino que le extrajo el tapón de cerumen por la mañana de ese mismo día, no acudiendo a ella ya que debió ser tratado en Urgencias de la otorragia ya referida.

9. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen, desestimatoria, se considera contraria a Derecho, ya que se debió asumir la existencia de responsabilidad al existir relación de causalidad entre el daño causado y el funcionamiento del servicio sanitario.

Por tanto, apreciamos que al paciente le corresponde una indemnización para resarcirle el daño efectivamente producido, si bien es preciso valorar que no fue necesario efectuar una intervención quirúrgica ya que se regeneró por sí solo el tímpano y que el lesionado no perdió audición, tal y como consta en el historial médico y en los informes del Servicio.

Ponderando estas circunstancias, se considera que procede estimar parcialmente la reclamación, expresando el parecer -en relación con la cuantificación del daño- de que la cantidad a satisfacer al perjudicado como resarcimiento del quebranto sufrido sea la de seis mil euros, cantidad que debe ser actualizada a la fecha en que se dicte la Resolución, por aplicación de lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.

C O N C L U S I Ó N

Se considera procedente la estimación parcial de la reclamación y el abono al perjudicado de una indemnización de seis mil euros, importe que debe actualizarse en razón a la demora en la resolución del procedimiento instruido, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 141.3 LRJAP-PAC.