Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **111/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 19 de mayo de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 19 de enero de 2022 (COMINTER 12485 2022_01_19-02_15) y CD recibido en la sede de este Consejo Jurídico el día 20 de enero de 2022, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en representación de D.ª Y, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2022_018), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de febrero de 2021, un Letrado, que actúa en nombre y representación de D.ª Y, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que dice haber sufrido esta última como consecuencia de la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Murciano de Salud (SMS).

Según se relata en la reclamación la Sra. Y, de 41 años de edad, fue intervenida el 24 de febrero de 2020 de rinoseptoplastia abierta en el Hospital "Morales Meseguer" de Murcia. Tras recibir el alta el 27 de febrero, reingresa dos días más tarde, el día 29 de febrero, por pérdida de visón completa del ojo izquierdo.

Durante su ingreso se le realizan diversas pruebas (TAC de cráneo simple, Resonancia magnética craneal y orbitaria, TAC de tórax y potenciales evocados visuales), siendo explorada por Oftalmología, Otorrinolaringología y Neurología, se alcanzó el diagnóstico de "*Neuritis óptica anterior de probable origen inflamatorio. Edema de papila derecha sin afectación visual*". Fue alta el 11 de marzo de 2020.

A la fecha de la reclamación, se describe su situación como sigue: "*A día de hoy, la paciente no ha recuperado la visión de su ojo izquierdo. La visión de su ojo derecho ha ido empeorando de manera progresiva en los últimos meses. La paciente únicamente puede leer letra grande, no puede conducir ni leer ningún libro. No puede desarrollar su profesión habitual como maestra de Educación Primaria. Se encuentra a tratamiento psiquiátrico como consecuencia de los hechos acaecidos*".

Se alega en la reclamación que se habría producido un caso de daño desproporcionado, de cuya eventual producción tampoco se informó a la paciente con anterioridad a la intervención, sin que los facultativos actuantes ni los responsables del seguimiento de la paciente hayan sabido dar una explicación lógica y racional del grave resultado acaecido.

Con referencia expresa al sistema de valoración del daño personal derivado de los accidentes de circulación, se reclama una indemnización a tanto alzado de 300.000 euros, en concepto de "*graves secuelas de la paciente - pérdida de visión completa del ojo izquierdo, perjuicio estético, entre otras-, los días de hospitalización, los días*

impeditivos y no impeditivos empleados para su curación, los gastos incurridos en el tratamiento y curación, perjuicio estético, el importante daño moral, la imposibilidad de desarrollar su profesión habitual de maestra de educación primaria, así como cualesquiera otros conceptos que traigan causa en la mala asistencia prestada a la paciente".

Se adjunta a la reclamación diversa documentación clínica y copia de escritura de poder para pleitos en favor del Letrado actuante.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución de la Dirección Gerencia del SMS, se ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del indicado ente público sanitario, que procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al tiempo que recaba de la Gerencia del Área de Salud en la que se prestó la asistencia sanitaria por la que se reclama una copia de la historia clínica e informe de los facultativos intervinientes.

Consta, asimismo, que se comunicó la presentación de la reclamación a la correduría de seguros del SMS.

TERCERO.- En respuesta a la petición instructora, se evacuan los siguientes informes que obran en el expediente:

- El del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital "Morales Meseguer", suscrito por el Jefe del Servicio y la facultativa que intervino a la paciente:

"*La pérdida de visión de un ojo por parte de Dña. Y, atribuida por la paciente a una complicación del procedimiento de rinoseptoplastia, nos ha sorprendido. Ninguno de los miembros del servicio recuerda haber vivido un caso similar y tampoco tenemos noticia de ello en nuestro entorno.*

Lo insólito del caso nos ha llevado a hacer una búsqueda bibliográfica al respecto en EMBASE con la estrategia: (Rhynoplasty OR Septoplasty) AND (Amaurosis OR Blindness OR "Optic neuritis"). Descartados aquellos artículos en los que la técnica quirúrgica implicó un abordaje endoscópico, no realizada en este caso y en los que existe riesgo conocido de lesión ocular, identificamos sólo 13 referencias en los últimos 30 años. En dichos casos, la pérdida de visión apareció inmediatamente u horas después del acto quirúrgico, atribuyéndose a traumatismos oculares u oclusión de la arteria retiniana. En el caso de Dña. Y, durante la intervención quirúrgica no se observó ninguna incidencia a la que imputar una pérdida de visión, ni los estudios de imagen practicados (TC y RM) detectaron problemas estructurales a los que atribuir la causa y/o en relación con la cirugía. Además, dicho evento se detectó 5 días después de la intervención. Su mando uno y otro hecho, nuestra impresión preliminar es [que] no hay una clara relación causa-efecto entre la cirugía practicada y la pérdida de visión.

Es de suponer que previamente a la inclusión de Dña. Y en lista de espera quirúrgica se le explicaron verbalmente en términos comprensibles tanto las alternativas de manejo de su situación clínica, como de la técnica de la cirugía, así como de los riesgos más frecuentes y/o de extrema gravedad que puedan derivarse del acto quirúrgico, procediendo después a la lectura y firma del consentimiento. En una revisión de Justyna Dabrowska-Bien, sobre 5.639 pacientes intervenidos de septoplastia, concluye que la complicación más frecuente de dicha intervención es el sangrado nasal postoperatorio, con complicaciones oculares raras (0,08%), siendo la más frecuente la visión borrosa transitoria. Nuestro Consentimiento Informado sobre Rinoseptoplastia no habla de la pérdida de visión como complicación de esta cirugía, como tampoco lo hace el Consentimiento Informado sobre Rinoseptoplastia de la Sociedad Española de Otorrinolaringología (SEORL). El argumento es que, como acabamos de ver, resulta algo completamente excepcional y, aun cuando sin duda es una grave (sic)*, informar exhaustivamente de todo posible incidente haría interminable y difícil de asimilar dicha información, constituyendo a nuestro juicio un maltrato para el conjunto de los pacientes*". Siguen 14 referencias bibliográficas.

- El del Servicio de Oftalmología del Hospital "Morales Meseguer":

"*Paciente operada de septoplastia el 24 de febrero de 2020 que acude a nuestro servicio por primera vez según registro de SELENE en Oftalmología el 1 de marzo del 2020 pues refiere que el 28 de febrero se golpeó la nariz y*

el 29 de febrero presentó mareos y súbita pérdida de visión. El día 1/3/2020 refería fotopsias con cefalea acompañante y leve dolor ocular en globo izquierdo.

A la exploración presentaba AV OD: 0,8 y 01 de cuenta dedos, con hemorragia subconjuntival bilateral y edema de papila bilateral que fue derivada a urgencias para valoración y tratamiento por neurología.

En sucesivas visitas se siguió evidenciando una AV pobre en OI (cuenta dedos el 3/3/2020) que cayó hasta "no proyección de luz" (a partir del 26/03/2020 y hasta la última evaluación registrada el 29/07/2020).

Se le realizaron a la paciente las siguientes pruebas:

-Potenciales evocados: (6/3/2020) con una disminución de la amplitud de la onda P100 de forma bilateral compatible con pérdida de axones funcionantes de la retina central; (12/06/2020) que confirma que la conducción del nervio óptico izquierdo es anormal, siendo el electrorretinograma normal en AO.

- Campimetría (11/03/2020) siendo el OD no valorable por excesiva cantidad de falsos negativos y OI se presenta abolido.

- Seguimiento seriado de OCT con resultados de grosores de fibras nerviosas de la retina peripapilares y grosores maculares completos normales en AO (en sucesivas visitas).

El diagnóstico fue hecho como Neuritis óptica ambos ojos de causa inflamatoria".

- Informe de Salud Mental que recoge un diagnóstico de depresión recurrente desde unos 15 años antes con tratamiento de mantenimiento con antidepresivos.

Tras conocer el cambio de Área de Salud de la paciente, se solicita información a la Gerencia del Área de Salud I, que remite copia de historia clínica e informe de Oftalmología del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" de Murcia (HUVA), que tras estudio de posible neuropatía óptica y realización de diversas pruebas diagnósticas concluye: "*Solicito de nuevo PEV y ERG. Pérdida de visión no fisiológica. (posible simulación o conversión)*". Dichas pruebas no se llegaron a realizar por incomparecencia de la paciente.

CUARTO.- Acordada por la instrucción la apertura de período de prueba y requerida la actora para proponer la que estime oportuna, contesta el 4 de junio de 2021 proponiendo prueba documental y anuncia la futura aportación de prueba pericial.

QUINTO.- El 15 de junio de 2021 se solicita a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria el preceptivo informe de la Inspección Médica. No consta que haya llegado a evacuarse.

SEXTO.- Por la aseguradora del SMS se aporta informe médico pericial evacuado por una especialista en Otorrinolaringología, que alcanza las siguientes conclusiones:

"*1. El diagnóstico dado inicialmente como más probable es el de neuritis óptica.*

2. Las causas de una neuritis óptica no están relacionadas con la realización de una cirugía nasal.

3. No se ha objetivado ningún mecanismo por el que se haya podido desarrollar la pérdida de visión del ojo izquierdo.

4. El diagnóstico dado de "neuritis óptica anterior de probable origen inflamatorio", descarta que se trate de una complicación debida a la cirugía.

5. De ningún modo se pudo informar a la paciente del riesgo de ceguera tras una Septorrinoplastia pues es una complicación excepcional y en este caso inexplicable y no relacionada con el procedimiento quirúrgico.

6. Las complicaciones derivadas de una cirugía nasal suceden en las primeras horas y con varias causas posibles: obstrucción arteria central de la retina, alteraciones traumáticas de la órbita con afectación de nervio óptico o hematoma intraorbitario.

7. Todas las posibles causas de ceguera tras una rinoplastia han sido investigadas en este caso y han quedado totalmente excluidas.

8. La paciente tiene pruebas solicitadas y no realizadas para aclarar la existencia real de una pérdida de visión fisiológica y se indica la sospecha de que pueda existir una simulación o una conversión.

9. Por todo lo anterior, se deduce que la pérdida de visión de ojo izquierdo no tiene relación de causalidad con la Septorrinoplastia practicada el 24/02/2020".

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, consta que por la reclamante se solicitó el 23 de noviembre y el 3 de diciembre de 2021 copia del expediente administrativo y ampliación del plazo para la presentación de alegaciones.

El 7 de diciembre de 2021 se entrega a una persona autorizada al efecto por la reclamante copia de diversa documentación del expediente.

OCTAVO.- El 19 de enero de 2022 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar la instrucción que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado y que su derecho a la información no ha sido vulnerado.

NOVENO.-En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen mediante comunicación interior del pasado 19 de enero de 2022.

DÉCIMO.- Con fecha 11 de febrero de 2022 la reclamante presenta escrito de alegaciones ante este Consejo Jurídico en el que, con base en un pretendido informe pericial que no aporta al procedimiento, vincula causalmente la pérdida de visión en el ojo izquierdo con la aplicación de radiofrecuencia durante la intervención a la que se sometió a la paciente, sin que conste que se le advirtiera en el documento de consentimiento informado que suscribió que se iba a utilizar dicha técnica ni los riesgos de la misma, entre los cuales se encuentra el de pérdida de la visión. Junto al escrito de alegaciones aporta un modelo de consentimiento informado para "*turbinoplastia mediante radiofrecuencia*" elaborado, según afirma, por la Sociedad Española de Otorrinolaringología y Patología Cérvico-Facial.

Dicha documentación es remitida al Consejo Jurídico el 14 de febrero de 2022.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de

responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico, y 81.2 LPACAP, y con dicho carácter preceptivo se ha recabado y se emite este Dictamen.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Cuando de daños físicos o psíquicos a las personas se trata, la legitimación para reclamar por ellos corresponde, de forma primaria, a quien los sufre en su persona, lo que determina que la legitimada en el supuesto sometido a consulta sea la propia paciente. La representación que de ella ostenta el Letrado que presentó la reclamación y que ha venido actuando en su nombre durante todo el procedimiento ha quedado debidamente acreditada en el expediente.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular del servicio público de asistencia sanitaria a la población con ocasión de cuya prestación se produjo el daño reclamado.

II. La reclamación se ha presentado dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 67.1 LPACAP, toda vez que la pérdida de la visión se produce el 29 de febrero de 2020 y la acción se ejercita el 3 de febrero del año siguiente.

III. Se ha seguido el procedimiento previsto en la LPACAP para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, sin que se observen carencias esenciales, obrando en el expediente el informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño y el trámite de audiencia al interesado, que junto con la solicitud de este Dictamen constituyen los trámites preceptivos de este tipo de procedimientos.

Por otra parte, en cuanto a continuar el procedimiento sin haber llegado a evacuarse el informe de la Inspección Médica, conforme al Protocolo de Agilización de los procedimientos de responsabilidad patrimonial aprobado por el Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud en fecha 27 de mayo de 2011, este Órgano Consultivo muestra su conformidad con tal decisión en el presente caso, puesto que concurre el supuesto considerado en nuestro Dictamen núm. 193/2012: "*sólo cabrá continuar los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial una vez transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto en el artículo 42.5,c) LPAC sin que se haya evacuado el informe preceptivo y determinante, cuando en el expediente existan suficientes elementos de juicio para adoptar la decisión que resuelva el procedimiento, pues de lo contrario la Administración no podría resolver expresamente sobre el fondo hasta tanto no fueran emitidos aquellos informes y cumplid os los demás trámites preceptivos*". Hoy el artículo 22.1. letra c) LPACAP ya prevé de forma expresa que, solicitado el informe preceptivo y transcurrido el plazo máximo de tres meses sin que aquél se haya recibido, proseguirá el procedimiento.

IV. Ha de efectuarse una mención especial al último escrito de alegaciones de la reclamante, presentado cuando ya había transcurrido el plazo establecido al efecto por la instrucción y cuando, de hecho, ya se había formulado la propuesta de resolución y se había recabado el presente Dictamen.

En efecto, como ha quedado relatado en los Antecedentes séptimo a décimo de este Dictamen, conferido trámite de audiencia a los interesados, consta que por la reclamante se solicitó por dos veces, el 23 de noviembre y el 3 de diciembre de 2021, copia del expediente administrativo y ampliación del plazo para la presentación de alegaciones.

El 7 de diciembre de 2021 se entrega a una persona autorizada al efecto por la reclamante copia de diversa documentación del expediente. Mes y medio después y sin que conste que por la interesada se haya formulado alegaciones o propuesto prueba alguna, la instrucción formula el 19 de enero de 2022 propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación y, con esa misma fecha, se solicita este Dictamen preceptivo.

Pendiente la evacuación del Dictamen, el 11 de febrero de 2022 la actora presenta escrito de alegaciones que se basa en un pretendido informe pericial de parte del que se transcriben algunas consideraciones y conclusiones, pero que no ha sido aportado al procedimiento.

En relación con la admisión de alegaciones y nuevos documentos en el procedimiento cuando ya ha culminado la instrucción del mismo y se ha solicitado el Dictamen de este Órgano Consultivo, ha de recordarse lo que ya señalamos en el Dictamen 161/2015:

“Estas circunstancias no permiten sino llegar a la conclusión de que dicho informe no puede ser tomado en consideración en este momento procedimental, cuando se ha sometido ya todo lo actuado a este Órgano consultivo junto con la propuesta de resolución que le debe servir de fundamento para que pueda adoptar su decisión.

Por otro lado, no se puede considerar que esta solución resulte contraria a las exigencias procedimentales que se contienen en el RRP [hoy LPACAP] *ni que de ningún modo vulneren o lesionen el derecho de defensa de la parte reclamante, del que constituye una manifestación específica el derecho a servirse de los medios de prueba pertinentes para ello, al que se hace alusión expresa en el artículo 6.1 del reglamento citado* [hoy 67.2 *in fine* LPACAP]*.*

Como resulta conocido (art. 9 RRP) [hoy 77.2 LPACAP]*, el período probatorio comprende un plazo de 30 días pero, sin embargo, el órgano instructor puede decidir cuando sea necesario, a petición de los interesados, la apertura de un período extraordinario de prueba para el que ni la LPAC ni el propio RRP fijan límite temporal alguno, en aras a dotar de efectividad a los principios ”pro actione” y antiformalista que deben presidir la actuación administrativa en este ámbito resarcitorio* [en la actualidad el artículo 77.2 LPACAP ya sí establece un límite temporal máximo de 10 días de duración a este período extraordinario de prueba]*.*

No obstante, ello no exime a la parte reclamante de la necesidad de someterse a las reglas de procedimiento sobre proposición y práctica de prueba que se contienen en el reglamento. No hacerlo así le conferiría un poder de disposición sobre la ordenación del procedimiento que resultaría contrario a las exigencias de una buena administración y lesivo para los derechos e intereses de otras partes interesadas, incluida la propia Administración. Impediría asimismo que se sucedieran con regularidad los trámites necesarios para elaborar una propuesta de resolución correctamente fundamentada en términos jurídicos pero, particularmente, sobre supuestos de hecho bien determinados.

A mayor abundamiento, el artículo 79.1 LPAC [hoy 76.1 LPACAP] *atribuye además a las partes interesadas, con carácter general, la posibilidad de aportar documentos en una fase final del procedimiento, aunque anterior al trámite de audiencia, cuando establece que ”Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio” y cuando determina que ”Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución”.*

Atendidos estos razonamientos, resulta evidente que el derecho de prueba de la parte interesada precluyó en su momento y que su actuación ha sido en este caso negligente en orden a su práctica, por lo que tan sólo a ella deben corresponder las consecuencias desfavorables que se puedan derivar de esa falta de diligencia”*.*

Las consideraciones expuestas en el Dictamen 161/2015, aun efectuadas con fundamento en la ya derogada LPAC, mantienen su vigencia dada la regulación que ha venido a sustituirla, como se ha ido apuntando con las citas actualizadas de los preceptos. De hecho, la LPACAP viene a reforzar la necesidad de ordenar los tiempos del procedimiento y evitar la existencia de lapsos de tiempo indeterminados susceptibles de alargar de forma indefinida o excesiva la instrucción, como muestra la fijación de un plazo máximo de diez días para el período extraordinario de prueba (art. 77.2 LPACAP) frente a la regulación anterior que no precisaba esta duración máxima, o también, la previsión expresa acerca de la continuación del procedimiento una vez solicitado un informe preceptivo y expirado el plazo para su evacuación (art. 22.1, letra d, LPACAP).

No obstante, ha de advertirse que la doctrina contenida en el referido Dictamen y expresamente invocada por la Consejería consultante ha sido objeto de modulación posterior en el Dictamen 78/2016, que sí admite la

aportación de un informe pericial con posterioridad a la finalización del trámite de audiencia y formulada ya la propuesta de resolución, "*todo ello sin perjuicio de lo señalado en el Dictamen 161/2015 acerca de que la parte reclamante ha de someterse a las reglas de procedimiento sobre proposición y práctica de prueba que se contienen en el RRP, estando vedado un poder de disposición sobre la ordenación del procedimiento que resultaría contrario a las exigencias de una buena administración y lesivo para los derechos e intereses de otras partes interesadas, incluida la propia Administración, si bien dichas consideraciones se hicieron en atención a las circunstancias del caso concreto allí analizado, tales como que la parte reclamante, por la fecha d e la emisión del informe pericial, podía haberlo aportado durante el trámite de audiencia otorgado, así como por la tardanza en su entrega al órgano consultante. Destacadamente este Consejo Jurídico ha indicado (por todos Dictamen 29/2015) que "el efecto preclusivo de los plazos en el procedimiento administrativo común queda muy limitado por la previsión contenida en el artículo 76.3 LPAC* [hoy 73.3 LPACAP]*, en cuya virtud, la Administración podrá (adviértase el modo potestativo frente al imperativo) declararles decaídos en su derecho al trámite, debiendo admitir la actuación del interesado, con sus efectos legales, cuando aquélla se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo, resolución ésta que no consta que se dictara en el procedimiento sobre el que versa la consulta*". Así, se concluía en el citado Dictamen 29/2015, que "*en la medida en que el proced imiento de responsabilidad patrimonial todavía no ha concluido, pues tampoco se ha dictado la resolución que le pondrá fin, ha de admitirse el informe pericial presentado* [lo fue tras formularse la propuesta de resolución y solicitarse el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico] *cuyos razonamientos y conclusiones habrán de ser tenidos en cuenta al redactar la propuesta de resolución (art. 79.1 LPAC)*".

En cualquier caso, en el supuesto ahora sometido a consulta ya hemos indicado que el escrito de alegaciones no se acompaña del informe pericial en el que parece sustentarse, por lo que aquéllas habrán de considerarse como meras manifestaciones de parte no acreditadas de forma suficiente con el soporte de una pericia médica que, en las circunstancias descritas, cabe considerar aquí como inexistente.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: "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". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 32 y siguientes LRJSP y desarrollados por abundante jurisprudencia:

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

- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los razonablemente posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de los disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

De ahí que, como recuerda el Consejo de Estado en Dictamen 52/2020, sea doctrina jurisprudencial reiterada (por todas, Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018, rec. n.º 1016/2016) que, "*frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituya la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento de l régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles*".

La actuación del médico ha de regirse por la denominada "lex artis ad hoc", o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03, entre muchos otros, de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la "lex artis ad hoc" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta en el caso de que se trate, 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. La "lex artis", por tanto, actú a como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Adm inistrativo de 1 de marzo de 1999).

CUARTA.- <u>El daño desproporcionado.</u>

Para la interesada, perder la visión de un ojo tras una intervención de cirugía nasal sería un claro supuesto de daño desproporcionado, del que no se le informó previamente a la intervención y que no ha podido ser explicado de forma satisfactoria por parte de los facultativos intervinientes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 (cas. 2822/2014) sintetiza la construcción doctrinal del daño desproporcionado en los siguientes términos:

"*...la doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" significa lo siguiente:*

1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible -por su desproporción- ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado".

Por su parte, la STS de 6 de abril de 2015 (cas. 1508/2013) indica:

"*La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" se aplica cuando tal resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible -por su desproporción- ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuridicidad, cerrándose el paso a la posibilidad de pretextar un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado. De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución*".

Las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012 (cas. 1977/2011) y 2 de noviembre de 2012 (cas. 772/2012), por su parte, señalan:

"*La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" llegó a nuestra Jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal quien, a partir de sentencias del año 1996, la utilizó como criterio de valoración e imputación de la responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurra además relación causal y que entre dentro de la esfera de actuación de éste, cabía deducir sin duda alguna que existía conducta negligente, y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta. Con posterioridad se fue afianzando -STS Sala Primera Civil de 8 de mayo de 2003, sin perjuicio de momentos oscilantes y modulaciones-. Y es que no cabía exclusivamente citar tal doctrina por el recurrente para deducir ya de por sí su aplicación por inversión de la carga de la prueba. Era necesario que por parte del demandado no se ofreciera y probara mediante prueba pericial de forma suficiente y fehaciente que el facultativo había tenido y seguido una actuación profesional acomodada a la "lex artis ad hoc". En el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008)" (FD 4º)*".

Centrándose en las consecuencias de la aplicación de la doctrina, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2018 (cas. 33/2016) indica que

"…*la doctrina sobre el daño desproporcionado que ha adquirido carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia y*

que como recuerda la sentencia de 19 de septiembre de 2012 (Recurso 8/2010): "En el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008)".

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012 (cas. 5890/2011):

"*Según la jurisprudencia comentada, la Administración sanitaria debe responder de un "daño o resultado desproporcionado", ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción (sentencias de 19 de septiembre de 2.012, recurso de casación 8/2.010, 17 de septiembre de 2.012, recurso de casación 6.693/2.010, 29 de junio de 2.011, recurso de casación 2.950/2.007, y 30 de septiembre de 2.011, recurso de casac ión 3.536/2.007)*".

Ahora bien, como señala la jurisprudencia, para apreciar la existencia de un daño desproporcionado debe acreditarse que el resultado lesivo es consecuencia de la asistencia sanitaria recibida. Y ello ha sido puesto en duda por los informes médicos obrantes en el expediente y no ha sido combatido en plazo ni mediante una prueba suficiente por la reclamante. De hecho, la propia paciente, cuando acude a Urgencias el día en que se produce la pérdida de visión, relaciona dicha patología con un golpe que habría sufrido el día anterior.

A ello se une que los criterios clásicos utilizados para determinar la causalidad, como son el topográfico y el cronológico no concurren en este supuesto de forma indiscutible. En efecto, en cuanto al primero de ellos, la intervención quirúrgica incide sobre las estructuras de la nariz mientras que el daño se produce en uno de los ojos de la paciente como consecuencia de una neuritis óptica de origen inflamatorio. Y aunque existe una cierta proximidad anatómica entre la zona de la intervención y la afectada por la pérdida de visión, lo cierto es que tanto el Servicio de Otorrinolaringología como el perito de la aseguradora del SMS coinciden en señalar la ausencia de relación causal entre la intervención y la patología desarrollada por la paciente, pues las posibles causas de ésta no están relacionadas con la realización de una cirugía nasal, ni se ha objetivado ningún mecanismo por el que se haya podido desarrollar la pérdida de visión del ojo izquierdo. De h echo, la perito de la aseguradora afirma que "*el diagnóstico dado de "neuritis óptica anterior de probable origen inflamatorio", descarta que se trate de una complicación debida a la cirugía*" *y que* "*por los resultados de las pruebas realizadas durante su ingreso hospitalario, además de la valoración clínica realizada por Otorrinolaringología, Oftalmología y Neurología se descarta completamente que la pérdida de visión sea consecuencia directa ni indirecta de la Septorrinoplastia realizada 5 días antes. De haber sido consecuencia de la Septorrinoplastia la alteración visual hubiera sucedido pocas horas después de la intervención*".

Esta última consideración pericial introduce ya el criterio cronológico para descartar la existencia de relación causal entre la intervención realizada y la pérdida de visión, sobre la base de estimar que las únicas causas (vasculares o traumáticas) que podrían ocasionar problemas de visión secundarios a una septorrinoplastia, producirían sus efectos dañosos de forma inmediata, en cuestión de horas, y no tardarían cinco días en manifestarse.

Finalmente, ha de tomarse en consideración que tras las pruebas diagnósticas (potenciales evocados visuales y Electroretinograma) realizadas a la paciente por Oftalmología del HUVA y en atención a la aparente normalidad de los resultados arrojados por las indicadas pruebas electrofisiológicas, se sugiere por dicho Servicio "*que se pueda tratar de una simulación o de un trastorno de conversión. El trastorno de conversión consiste en síntomas o déficits neurológicos que se desarrollan inconsciente e involuntariamente y, en general, afectan una función motora o sensorial. Las manifestaciones son incompatibles con los mecanismos fisiopatológicos o las vías anatómicas conocidos. El inicio, la exacerbación o el mantenimiento de los síntomas de conversión se atribuyen frecuentemente a factores mentales como el estrés o traumatismos. El diagnóstico se basa en los antecedentes después de haber excluido los trastornos físicos*" (informe pericial aportado por la aseguradora del SMS).

Las pruebas que se pretendía realizar para intentar resolver la incongruencia entre el déficit visual que padece la interesada y los resultados electrofisiológicos que no revelan daños físicos a los que pueda imputarse aquél, no se han podido llevar a efecto por inasistencia de tal interesada.

De ahí que el único informe pericial obrante en el expediente concluya que "*la paciente Doña Y sufre una pérdida de visión de etiología incierta, no relacionada con la Septorrinoplastia realizada 5 días antes, con pruebas no realizadas que permitirían descartar la posibilidad de una alteración visual no orgánica (simulación o conversión)*".

La ausencia de daño vinculado causalmente a la intervención permite rechazar también la imputación de vulneración del derecho a la información de la paciente formulada por la reclamante en su último escrito de alegaciones. Y es que si no se ha probado que la pérdida de la visión tenga su causa en la rinoseptoplastia, no informar a la paciente del uso intraoperatorio de radiofrecuencia y de las posibles consecuencias que esta técnica puede tener, no generaría un derecho a ser indemnizada, dado que, en ausencia de daño físico achacable a la intervención, la mera falta de información no supone un daño indemnizable (en idéntico sentido nuestros Dictámenes 351/2014 y 81/2015).

En tales circunstancias no puede considerarse acreditado que el daño alegado tenga su causa en la intervención de cirugía nasal a la que se sometió la interesada, lo que impide imputarlo a la asistencia sanitaria que le fue dispensada por el SMS y, en consecuencia, no cabe reconocer la pretendida responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por lo que procede desestimar la reclamación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina en sentido favorable la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciarse la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado.

No obstante, V.E. resolverá.