Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **281/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 15 de noviembre 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 13 de abril de 2022 (COMINTER 111399 2022 04 13-08 31), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en representación de D.ª Y y otro, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2022_131), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO. - Con fecha 23 de marzo de 2016, un abogado, en nombre y representación de D.ª Y y D. Z, en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad P, presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la asistencia prestada por los servicios sanitarios del Servicio Murciano de Salud (SMS), en la intervención quirúrgica de timpanoplastia que le fue practicada el día 25 de marzo de 2015 en el Hospital Universitario “Reina Sofía” (HRS) de Murcia.

Fundamenta la reclamación en los siguientes hechos:

Que el día 25/03/2015, el menor fue intervenido quirúrgicamente efectuándole una timpanoplastia de colocación de TORP, más cartílago de concha en OD con abordaje retroauricular por perforación timpánica posterior y extrusión de prótesis (TORP) antigua y que tras la intervención, el paciente desarrolló una parálisis facial progresiva ipsilateral que no mejoró con tratamiento médico, requiriendo el día 30 de marzo de 2015 reintervención para la extracción de la prótesis. Recibió el alta hospitalaria el día 01/04/2015.

Con el diagnóstico de “Parálisis Facial quirúrgica derecha iatrogénica (post-cirugía)” el menor ha estado sometido a Fisioterapia hasta el día 22 de enero de 2016 en el que es dado de alta.

Considera que se ha producido una doble vulneración de la *Lex Artis* de la Medicina y de la Cirugía enlazada causalmente a la producción del resultado, a saber:

a) Una lesión iatrogénica del nervio facial en el transcurso de la intervención quirúrgica efectuada el día 25/03/2015 fruto de una inadecuada técnica operatoria y de no haber dispuesto de las medidas cautelares oportunas para evitar tal lesión.

b) No existe consentimiento informado válido para dicha intervención quirúrgica.

c) Una intolerable demora -5 días- en reintervenir al paciente para descomprimir el nervio facial y proceder a su reparación.

Solicita la cantidad total de 204.065 euros.

Acompaña a la reclamación diversos informes de la medicina pública.

SEGUNDO. - Por Resolución del Director Gerente del SMS, de 11 de abril de 2016, se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Al mismo tiempo la reclamación se notificó a la Gerencia de Área de Salud I -Hospital Clínico Universitario "Virgen de la Arrixaca" (HUVA)-, a la Gerencia de Área de Salud VII – HRS- y a la correduría de seguros del SMS.

TERCERO. - Fueron recabados y remitidos la historia clínica del paciente y el informe de los profesionales implicados.

De estos profesionales han emitido informe:

1º. Del HUVA, informe del Dr. D. Q, Jefe de Servicio de Otorrinolaringología, que indica

"*Paciente que a su fecha de nacimiento se incluye en el protocolo de screening de hipoacusias, clasificándose en el brazo patológico por OEA - en OD; continuando el protocolo se realiza estudio de potenciales auditivos tronco cerebral, que confirma hipoacusia conducción leve (aprox. 20 dB en audio tonal), siendo alta a zona para control por pediatra.*

Diagnosticado de fístula preauricular derecha e hipertrofia de cartílago hélix derecho, se interviene el 8/III/2002 con exéresis de fístula; no habiendo complicaciones en la intervención ni en el postoperatorio, es dado de alta el 11/III/2002 citándose para revisiones ambulatorias.

Transcurridos 8 años, es derivado a consulta infantil ORL por hipoacusia subjetiva, siendo confirmado el déficit auditivo por potenciales evocados de tronco cerebral, que objetivan pérdida de 60 dB (aprox. 40 dB audio tonal). Apreciándose hipertrofia de cartílago hélix derecho, se realiza estudio de imagen que informa de aplasia parcial de cadena huesecillos, lo que indica una timpanotomía exploratoria con timpanoplastia de prótesis total de titanio que sustituya la ausencia de cadena. En el mismo tiempo se realiza otoplastia OD; debido a que la intervención y postoperatorio cursaron sin ningún tipo de incidencias, el paciente es dado de alta, siendo revisado ambulatoriamente y controlando función auditiva con audiometría tonal, que objetiva disminución de hipoacusia al mes de la intervención (efecto perseguido por timpanoplastia), siendo normalizada dicha función el 15/VI/2011 con la confirmación audiológica, lo que permite dar de alta a zona al paciente.

El 18/X/2011, y tras un episodio inespecífico de infección vías altas, es nuevamente revisado en consulta por presentar episodio de otorrea, comprobando perforación posterosuperior en OD que evoluciona favorablemente. El 13/XII/2011 la otoscopia revela tímpano íntegro, lo que motiva alta a su zona".

2º. Del HRS, informe de la Dra. D.ª R, Facultativo Especialista de Área de Otorrinolaringología, que indica:

"El paciente P acude al HGURS, a la consulta de zona del Dr. S en 2008, a la edad de 7 años, remitido desde su Centro de Salud, por pérdida de audición (hipoacusia, desde este momento). Como único antecedente personal se aporta un parte de quirófano del año 2002, que indica que el paciente fue intervenido a la edad de dos años de una fístula auricular derecha (Documento 1) en el Hospital Virgen de la Arrixaca. Tras comprobar en la consulta la existencia de una hipoacusia de transmisión en OD, mediante diapasones, se piden unos potenciales evocados auditivos para determinar el umbral auditivo en el oído afectado.

El resultado de estos potenciales (10/11/2009) son: hallazgos sugestivos de la existencia de hipoacusia derecha con componente de transmisión en oído derecho a 60 db. (Documento 2). Como consecuencia de estos resultados se solicita un TAC (15/4/2010) que se informa como: "Tac de peñascos con posterior reconstrucción coronal: no hay estudios previos con los que comparar. Ausencia de cabeza y ramas del estribo derecho. Ventana oval ligeramente más pequeña que la izquierda, pero aparentemente no existe atresia. Displasia de pabellón auricular derecho. Presencia de comunicación entre antro mastoideo y tejido celular subcutáneo retroauricular a través de fino trayecto intraóseo. Mínima dehiscencia facial en su segmento intratimpanico." (Documento 3).

A partir de este momento y hasta Junio de 2012 el paciente no es atendido en este Hospital. Durante este periodo el paciente se intervino del oído derecho en el Hospital Virgen de la Arrixaca. En nuestra historia constan los siguientes documentos procedentes de dicho Hospital.

-Audiometría del 22/1/2010: hipoacusia severa-profunda de transmisión en oído derecho. (Documento 4)

-Parte de quirófano (Documento 5) con fecha 17/3/2011 en el que el paciente se interviene de una timpanotomía exploradora por el Dr. T, mediante abordaje endoaural. Se aprecia ausencia de estribo y rama larga del yunque. Se realiza una platinotomía con colocación de bola de tejido subcutáneo y prótesis de titanio (TORP). En ese mismo acto quirúrgico se realiza por parte del Servicio de Cirugía Plástica una otoplastia para corregir la oreja de soplillo. En este acto se realiza un cerclaje de la concha al tejido subcutáneo de mastoides y exéresis de piel retroauricular. Según refiere en varias ocasiones la madre del paciente y como consta en informe de preanestesia de nuestro Hospital (Documento 5b), tras esta intervención el paciente presentó una parálisis facial derecha postoperatoria que se resolvió a las 24h.

-Hoja de evolución en la que consta que tras intervención, el paciente recupera audición con umbrales auditivos en OD de 10db. Se da el alta al paciente. (Documento 6). En este mismo documento queda reflejado que en Octubre de 2011 el paciente acude con supuración por oído derecho tras catarro y se objetiva una perforación posterosuperior en el tímpano. En Diciembre de 2011 no se observa perforación por lo que se da el alta en el Hospital V. de la Arrixaca.

En Octubre de 2012 acude de nuevo al Hospital Reina Sofía con supuración por dicho oído. (Documento 7).

Visto en varias ocasiones en este centro durante los años 2012 en adelante, el paciente refiere supuraciones intermitentes y ha perdido audición en OD de 50 db, como se objetiva en la audiometría de Febrero de 2013

(Documento 8). Se objetiva una perforación posterior seca marginal y se solicita TAC para descartar colesteatoma en dicho oído.

El tac realizado el 6/11/2013 informa de: "Discontinuidad en membrana timpánica posterior compatible con perforación. Caja timpánica y celdas mastoideas bien neumatizadas, sin ocupaciones. Trayecto fistuloso mastoides-tejido celular subcutáneo ya conocido. Trayecto laberíntico, rodilla anterior, trayecto timpánico, rodilla posterior y trayecto mastoideo del nervio facial sin alteraciones bilateralmente. (Documento 9)".

Se decide en sesión clínica: seguimiento del paciente, ya que el tac descarta colesteatoma, y que las supuraciones son intermitentes (en relación con catarros y entrada de agua), y esperar a que el paciente finalice crecimiento (y por tanto finalice desarrollo natural de la región anatómica responsable de la ventilación del oído medio) para realizar una cirugía de cierre de la perforación. (Documentos 10 y 11). Se decide intervención retroauricular y colocación de cartílago para cierre de la perforación por ser esta una técnica que garantiza mejores resultados en el cierre de perforaciones marginales.

El 23/12/14 se pone en lista de espera para timpanoplastia y se firma consentimiento informado por parte de su madre, Dña. Y, con DNI --V como representante legal del menor de edad. El consentimiento informado que firma el familiar es de timpanoplastia y es adecuado al procedimiento que se va a realizar (Documento 12). En este mismo documento se explica con claridad que el proceso se realiza con más frecuencia con una incisión por detrás de la oreja y que pueden quedar como secuelas entre otras "parálisis facial y parálisis de los músculos de la cara". También se informa de que como consecuencia de la infiltración puede aparecer de manera transitoria parestesias u hormigueos en la cara.

El 25/3/2015 se realiza una timpanoplastia retroauricular, en la que se retira la prótesis previa que se había desplazado de su sitio (extruída) y se recoloca nueva TORP. Como se refleja en el parte de quirófano (Documento 13) se observa un nicho de la ventana oval muy estrecho u ojival y una dehiscencia del facial intratimpánico, cosa que ya era conocida por TAC previo. No se realiza manipulación del nervio facial intratimpánico por no ser preciso en este tipo de intervención. Se cierra la perforación con cartílago de la cymba.

El día 26/3/2015 se objetiva una parálisis facial periférica derecha que afecta a las 3 ramas y que según refiere la familia y enfermería se produce progresivamente a lo largo de la tarde-noche del día de la intervención. De hecho en el postoperatorio inmediato fue valorado en Reanimación con movilidad normal (Documento 14). Por este motivo se decide retirar el taponamiento del conducto auditivo y apósito sin observarse colecciones. Dado los antecedentes del paciente (parálisis facial en la primera intervención que remitió al día siguiente de manera espontánea) y dado que no se realizó manipulación alguna del facial intratimpánico se instaura tratamiento con corticoides y se consensua en el Servicio de ORL actitud expectante. Esta decisión se prolonga en los días siguientes porque como consta en la evolución postoperatoria (Documento 15) el paciente refiere estar recuperando la sensibilidad cutánea en labio superior y su padre refiere que ha mejorado la mov ilidad. No obstante el paciente se deja en ayunas ante la posibilidad inminente de reintervención en caso de que no termine de mejorar.

El día 30 de Marzo de 2015 se reinterviene al paciente ante la no mejoría del mismo (Documento 16). Se comprueba prótesis bien colocada y edema del nervio facial, que al estar con dehiscencia ósea previa no es necesario descomprimir. Se retira la prótesis para que no pueda dañar el nervio edematizado y se recoloca el cartílago.

Se solicita de nuevo TAC (27/5/15) en el que destaca que no se objetivan alteraciones del segmento timpánico del nervio facial y que no hay un realce patológico del mismo cuando se administra contraste. (Documento 17)

El 23/06/2015 se realiza una RMN con contraste en la que se observa: "Leves cambios postquirúrgicos en partes blandas retroauriculares derechas. Se observa trayecto aberrante del segmento mastoideo del nervio facial derecha (que corresponde al trayecto intramastoideo fistuloso a piel que se informa en TACs previos, de tamaño similar al nervio contralateral, con mayor realce en el segmento distal comparativamente al nervio facial izquierdo, compatible con cambios reactivos/inflamatorios" (Documento 18).

Ni en el TAC ni en la RMN postquirúrgica se mencionan alteraciones en el facial intratimpánico ni secciones o traumatismos en ninguna porción del nervio facial. Sólo se mencionan cambios de carácter inflamatorios/reactivos.

Se continúan revisiones periódicas en las que se realiza limpieza periódica de oído derecho, se aconsejan ejercicios de rehabilitación muscular y control electromiográfico, cursando con mejoría clínica y electromiográfica.

Actualmente el paciente sigue revisiones periódicas de oído derecho, considerando la opción de algún tipo de reanimación facial si se considera oportuno, en función del resultado final. Todas las opciones posibles han sido comentadas repetidamente al paciente y sus padres".

CUARTO. - Con fecha 14 de julio de 2016 se solicita informe de la Inspección Médica, que es emitido con fecha 9 de diciembre de 2021, con las siguientes conclusiones:

"1. P fue intervenido de una fistula preauricular derecha al año de edad. El niño fue perdiendo audición. Se realiza TAC que muestra displasia del estribo en oído derecho, con normalidad del izquierdo.

2. El 17 de marzo de 2011 se intervino de timpanotomía exploradora. Se le puso una prótesis de sustitución osicular derecha. La evolución fue adecuada presentando una discreta parálisis facial que se resolvió. Posteriormente comienza con cuadros de otitis que se repiten con perforación timpánica y pérdida progresiva de audición.

3. Se indica nueva timpanoplastia de manera correcta. La familia da su consentimiento y firma el documento de CI en el que figura como riesgo la parálisis facial periférica. El 25 de marzo de 2015 se le opera, se retira la prótesis antigua, se pone una nueva y se realiza cierre de la perforación timpánica. No consta ninguna incidencia en la cirugía ni en las primeras horas tras la misma.

4. Al día siguiente se observa parálisis facial. De acuerdo a la literatura en caso de parálisis tardías, se aconseja en principio tratamiento conservador que fue lo que se hizo en este caso.

5. Se realizó revisión quirúrgica a los 5 días por no mejorar. Se encuentra edema del nervio facial. Se retira la prótesis.

6. El paciente llevó tratamiento médico y RHB y valoración por distintos servicios mejorando progresivamente la parálisis facial. Parece que la recuperación ha sido parcial, quedando como secuela debilidad en el musculo orbicular derecho.

7. La actuación de los profesionales fue acorde al buen hacer".

QUINTO. - Con fecha 13 de diciembre de 2021 se otorgó trámite de audiencia a los interesados, que presentan escrito de alegaciones con fecha 2 de febrero de 2022, argumentando, en síntesis:

Que el día 25-03-2015 se efectúa intervención quirúrgica, mediante abordaje retroauricular. En el protocolo quirúrgico se describe: sustitución de la prótesis, colocación de cartílago para facilitar el cierre de la perforación, describiéndose la existencia de un nervio facial dehiscente. Es en este momento en donde se originó la lesión.

En el transcurso de los dos años posteriores a dicha intervención y como consecuencia de infecciones postcatarrales, que cursan con supuraciones, queda con la secuela de una perforación timpánica y de nuevo una sordera de transmisión moderada-severa para el oído derecho.

Tras esperar al fin del desarrollo fisiológico de estas estructuras anatómicas, es propuesto para una nueva cirugía de revisión. Efectuada esta, presenta la instauración no inmediata, pero sí en las primeras 24 horas, de una parálisis facial que permanece como secuela.

Que las maniobras quirúrgicas destinadas a remover la prótesis desplazada para recolocar la nueva y teniendo en cuenta la proximidad anatómica con el trayecto del facial dehiscente, es decir sin protección ósea, han dado lugar a la compresión del nervio facial con la consiguiente parálisis, no siendo necesario que hubiese sección del mismo, como se comprueba tanto por la descripción del cirujano que intervino en la retirada de la prótesis, como por el TAC y RN efectuadas con posterioridad.

Que en este caso, el paciente tenía otra opción terapéutica: la conservadora, manteniendo tratamiento médico y pautas de evitación de entrada de agua en el oído con el fin de minimizar las posibles infecciones y proponer el uso de audioprótesis para corregir el defecto auditivo. Los reclamantes nunca fueron informados de ello, no se les ofreció dicha posibilidad.

Que no figura nada en el consentimiento informado, en el apartado de riesgos relacionados con sus circunstancias personales y profesionales, sobre una explícita indicación de los riesgos posibles ni de las diferentes posibilidades terapéuticas, por lo que existe responsabilidad patrimonial por el daño provocado y la falta de consentimiento informado válido.

SEXTO. - La propuesta de resolución, de 5 de abril de 2022, desestima la reclamación patrimonial formulada, al considerar que la indicación quirúrgica era correcta y que tras la intervención se produjo una complicación (parálisis facial), que es una de las complicaciones plasmadas en el escrito de consentimiento informado, que fue aceptado y firmado por la madre del paciente, no estando acreditado que dicha complicación fuese debida a la actuación defectuosa del médico que la practicó, sino que se trata, por el contrario, de un riesgo inherente a la misma. La complicación, una vez producida, fue diagnosticada y tratada de forma correcta y adecuada a la *lex artis.*

SÉPTIMO. - Con fecha 13 de abril de 2022 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA. - Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en

relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA. - Régimen jurídico, legitimación, plazo y procedimiento.

I. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP, Disposición derogatoria única, párrafo 2, letra a)), la cual, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante, a tenor de lo que establece la Disposición transitoria tercera, letra a) LPACAP, a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior. Por tanto, la nueva regulación será aplicable a los procedimientos de responsabilidad patrimonial iniciados a partir del día 2 de octubre de 2016 (Disposición final séptima LPACAP), no siendo el caso del sometido a Di ctamen.

II. Por lo que se refiere a la legitimación activa, prima facie, los reclamantes están legitimados para solicitar indemnización por los daños alegados producidos a su hijo, menor de edad, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 LPAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional en tanto que es titular del servicio público de atención sanitaria a la población, a cuyo defectuoso funcionamiento se pretende imputar el daño.

III. La acción resarcitoria ha de considerarse temporánea, toda vez que se ejercitó el 23 de marzo de 2016, antes del trascurso del año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, ya que, 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 caso que nos ocupa, los reclamantes fijan el origen del daño en la intervención quirúrgica de timpanoplastia que le fue practicada el día 25 de marzo de 2015 en el Hospital Universitario “Reina Sofía” (HRS) de Murcia, por lo que se puede concluir que la reclamación se interpuso en el plazo legalmente establecido de un año.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver que ha excedido, en mucho, al previsto reglamentariamente en contra del principio de eficacia por el que se ha de regir el actuar administrativo (artículo 3 LPAC, ya citada), habiendo tardado la Inspección de Servicios 5 años y medio en emitir su informe.

TERCERA. - Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

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 139 y siguientes de la LPAC 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 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 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.

La actuación de éste 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 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"* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La *"lex artis",* por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *"ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento*

meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente".

Asimismo, la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2011, expresa que "*la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, más sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente".*

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *"los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) y ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida".*

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *"lex artis"* responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la *praxis* médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producc ión de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la "*lex artis"*; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos.

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 Conten cioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso. Falta de acreditación.

I. Consideran los reclamantes que concurre relación de causalidad entre el daño producido a su hijo y la actuación de los profesionales del SMS que la atendieron, concretada en que las maniobras quirúrgicas destinadas a remover la prótesis desplazada para recolocar la nueva y teniendo en cuenta la proximidad anatómica con el trayecto del facial dehiscente, es decir sin protección ósea, han dado lugar a la compresión del nervio facial con la consiguiente parálisis, existiendo otra opción terapéutica que es la conservadora de la que no fueron informados los reclamantes.

Afirman que, en consecuencia, se ha producido una doble vulneración de la *Lex Artis* de la Medicina y de la Cirugía enlazada causalmente a la producción del resultado, a saber:

a) Una lesión iatrogénica del nervio facial en el transcurso de la intervención quirúrgica efectuada el día 25/03/2015, fruto de una inadecuada técnica operatoria y de no haber dispuesto de las medidas cautelares oportunas para evitar tal lesión.

b) No existe consentimiento informado válido para dicha intervención quirúrgica, no se recogen los riesgos personalizados de este paciente ni, mucho menos, las opciones terapéuticas que tenía.

e) Una intolerable demora -5 días- en reintervenir al paciente para descomprimir el nervio facial y proceder a su reparación.

Frente a tales imputaciones, la propuesta de resolución sometida a Dictamen, sustentada en la historia clínica y los informes que se han aportado por los facultativos intervinientes, la compañía de seguros del SMS y la Inspección Médica, alcanza la conclusión de que el daño sufrido por la paciente carece del requisito de antijuridicidad, ya que ha quedado acreditado con toda claridad que la indicación quirúrgica era correcta y que tras la intervención se produjo una complicación (parálisis facial), que es una de las plasmadas en el escrito de consentimiento informado, que fue aceptado y firmado por la madre del paciente, no estando acreditado que dicha complicación fuese debida a la actuación defectuosa del médico que la practicó, sino que se trata, por el contrario, de un riesgo inherente a la misma. La complicación, una vez producida, fue diagnosticada y tratada de forma correcta y adecuada a la *lex artis*.

No aportan los reclamantes al expediente ningún elemento de prueba en el que se sostenga la negligencia médica, a pesar de que le obliga a ello el principio sobre distribución de la carga de la prueba que se contiene en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que resulta de aplicación en materia administrativa. Así, en dicho precepto se establece que *"Corresponde al actor... la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda..."*.

Y, en concreto, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, adquiere especial valor probatorio la prueba pericial médica, como así ha puesto de manifiesto la Sala 3ª del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, como en su sentencia de 1 de marzo de 1999 (recurso 7980/1994).

No habiendo aportado los reclamantes ningún informe pericial médico, tendremos que acudir a los obrantes en el

expediente, y, en especial, al emitido por la Inspección Médica, dado el carácter objetivo e imparcial que cabe predicar de la misma.

II. En cuanto a la lesión iatrogénica, en el informe, de 14 de junio de 2016, del Servicio de Otorrinolaringología del HRS se indica, en primer lugar, que durante la intervención no se realiza manipulación del nervio facial intratimpánico por no ser preciso en este tipo de intervención y que ni en la TAC ni en la RMN postquirúrgica se mencionan alteraciones en el facial intratimpánico ni secciones o traumatismos en ninguna porción del nervio facial y solo se mencionan cambios de carácter inflamatorios/reactivos.

El informe de la Inspección Médica indica que *"Al niño se le puso tratamiento conservador con corticoides y protección osicular, que es lo que se aconseja, pero la clínica persistía por lo que se reinterviene el día 30 retirándole la prótesis. En esta intervención se recoge que hay edema del perineuro del N. Facial encima de ventana oval con tejido fibroso. No hay por tanto sección del nervio. En la evolución posterior se pidieron pruebas de imagen (TAC y RMN) que mostraron cambios reactivos del facial derecho pero no alteraciones en el trayecto. Las pruebas electrofisiológicas seriadas que se le hicieron al niño mostraron una evolución lentamente favorable con fenómenos reinervativos.*

(…)

En resumen el niño presentaba una otitis crónica en un oído que ya había sido intervenido y era portador de una TORP por malformación osicular. La indicación quirúrgica era correcta y en la cirugía del oído medio la parálisis facial es una complicación conocida y reflejada en el documento de CI que firmó la madre del paciente".

Visto lo expuesto, y a falta de prueba en contrario, no existe ninguna evidencia de que durante la intervención se produjera una lesión iatrogénica del nervio facial.

III. Por lo que respecta a la falta de consentimiento informado válido, en la Historia Clínica consta el citado consentimiento para la realización de la timpanoplastia que le fue practicada, firmada con fecha 23 de diciembre de 2014 por la madre del paciente, y en el que se hace constar:

"…En caso de NO EFECTUARSE ESTA INTERVENCIÓN, el paciente continuará con supuraciones de oído de forma intermitente y con posibilidad de pérdida de la audición,

BENEFICIOS ESPERABLES: Mejoría de la audición, posibilidad de penetración de agua en el oído y control de las complicaciones de origen infeccioso.

PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS: Revisiones periódicas por el especialista para el control de las infecciones. Prevenir la entrada de agua en el oído y tratar de forma precoz los cuadros catarrales. En ausencia de infección, colocación de prótesis auditivas para mejorar la audición.

RIESGOS ESPECÍFICOS MÁS FRECUENTES DE ESTE PROCEDIMIENTO: En general, son poco frecuentes. Cabe la posibilidad de que persista la perforación, que podría, incluso, aumentar de tamaño.

Cabe, también, la posibilidad de que se agrave la pérdida de la audición y, excepcionalmente, de que se pierda completa e irreversiblemente.

Es posible que reaparezcan las infecciones, aun a pesar de que la perforación timpánica se haya cerrado completamente.

Pueden aparecer acúfenos -ruidos en el oído- que pueden quedar como secuela; vértigos -que tienen una duración variable-; disgeusia -alteraciones en la sensación gustativa-; parálisis facial -parálisis del nervio de los músculos de la cara-; infecciones, tanto a nivel del oído, como a nivel cerebral, tales como meningitis o abscesos; y alteraciones estéticas o dolor, a nivel del pabellón auricular".

Como vemos, y sin necesidad de mayor explicación, constan tanto los procedimientos alternativos a la cirugía (procedimiento conservador) como la parálisis facial como riesgo típico de la misma, por lo que ningún reproche puede hacerse en este sentido.

En cuanto a la tardanza de 5 días en realizar la segunda intervención quirúrgica, en el informe del Servicio de Otorrinolaringología del HRS anteriormente referido, se indica que:

"Dado los antecedentes del paciente (parálisis facial en la primera intervención que remitió al día siguiente de manera espontánea) y dado que no se realizó manipulación alguna del facial intratimpánico se instaura tratamiento con corticoides y se consensua en el Servicio de ORL actitud expectante. Esta decisión se prolonga en los días siguientes porque como consta en la evolución postoperatoria (Documento 15) el paciente refiere estar recuperando la sensibilidad cutánea en labio superior y su padre refiere que ha mejorado la movilidad. No obstante el paciente se deja en ayunas ante la posibilidad inminente de reintervención en caso de que no termine de mejorar.

El día 30 de Marzo de 2015 se reinterviene al paciente ante la no mejoría del mismo…".

Por su parte, el informe de la Inspección Médica indica sobre el particular que*"Al niño se le puso tratamiento conservador con corticoides y protección ocular, que es lo que se aconseja, pero la clínica persistía por lo que se reinterviene el día 30 retirándole la prótesis"*; concluyendo que, de acuerdo a la literatura, en caso de parálisis tardías se aconseja en principio tratamiento conservador, que es lo que se hizo en este caso.

En consecuencia, coincidimos con la propuesta de resolución en que, a la vista de la historia clínica y de los informes incorporados al expediente, el daño sufrido por el paciente carece del requisito de antijuridicidad, al no existir relación de causalidad entre éste y la actuación de los profesionales del HRS, por lo que la reclamación debe desestimarse.

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA. - Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por no haberse acreditado relación de causalidad alguna entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público sanitario.

No obstante, V.E. resolverá.