



Dictamen nº 275/2023

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 3 de octubre de 2023, 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 23 de mayo de 2023 (COMINTER número 132341), sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2023\_185), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de diciembre de 2016 D. X formula una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria regional.

En ella expone que padecía una otitis crónica atelectasia y que el 3 de diciembre de 2013 ingresó en el Hospital General Universitario Santa Lucía (HGUSL) de Cartagena para que se le practicara una timpanoplastia de forma programada, que mejorara la audición en su oído izquierdo y eliminar la sensación de taponamiento. Añade que la operación no la realizó el facultativo que le trataba desde hacía años porque se encontraba convaleciente de una apendicitis, sino otros dos médicos del Servicio de Otorrinolaringología (ORL) de dicho centro hospitalario.

Sin embargo, esos facultativos no le realizaron la timpanoplastia prevista, sino una timpanotomía exploradora para tratar un colesteatoma, es decir, de un quiste situado detrás del tímpano en la parte media del oído, que pueden acarrear pérdidas auditivas si no se tratan adecuadamente.

En este sentido, argumenta que esta actuación supone una importante irregularidad por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque no se le informó adecuadamente de que la intervención que se le iba a realizar era distinta de la programada y que no firmó ningún documento de consentimiento informado para esa intervención.

En segundo lugar, porque esa intervención resultó inútil e innecesaria, ya que tenía por objeto tratar una enfermedad que ya se había descartado que existiera, y le ha provocado, sin embargo, graves e irreparables daños en el oído izquierdo, en particular, pérdida completa de audición, dolor y molestias cuando hay un elevado ruido ambiental.

A continuación, relata los distintos episodios de dolor intenso y de pérdida de audición que experimentó tras la operación hasta que su médico habitual, el 15 de mayo de 2014, le practicó la intervención inicialmente contemplada, la timpanoplastia, que ha permitido que se reduzca el dolor, aunque no las molestias y dolores que experimenta cuando hay mucho ruido ambiental. Lo que no ha conseguido recuperar, según destaca, es el nivel anterior de audición en el oído izquierdo.

También resalta que se le realizaron dos audiometrías tras la operación de 3 de diciembre de 2013 que han servido para demostrar que padece una pérdida de audición severa.

En este sentido, advierte que por esos hechos presentó denuncia contra los facultativos y el Servicio Murciano de Salud (SMS) ante el Juzgado de guardia. Y explica, asimismo, que las diligencias penales que se siguieron se archivaron finalmente mediante Auto del Juzgado de Instrucción número 5 de Cartagena, por entender que, desde el punto de vista penal, los hechos no son constitutivos de delito, de modo que queda abierta la vía para presentar la presente reclamación patrimonial, que se interpone antes de que haya transcurrido un año desde que se dictó la resolución judicial citada.

A continuación, sostiene que concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial sanitaria, que no se le informó acerca de la intervención que se le iba a practicar y de los riesgos que conllevaba y que tampoco firmó algún documento de consentimiento informado para ello. De igual modo, argumenta que se ha incurrido en un claro supuesto de daño desproporcionado por el que se le debe reconocer el derecho a ser indemnizado.

A tal efecto, aporta un informe elaborado por un médico experto en valoración del daño corporal, que se sirve del baremo indemnizatorio para accidentes de tráfico establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

De acuerdo con dicho informe médico, la valoración del perjuicio personal básico y particular por incapacidad temporal y secuelas resulta ser la siguiente:

- Perjuicio personal básico: 152 días de baja, a razón de 30 €/día.
- Perjuicio personal particular: 11 días de baja, más intervención quirúrgica (700 euros), desglosados del siguiente modo:
  - a) Pérdida de calidad de vida moderado: 10 días, a razón de 52 €/día.
  - b) Pérdida de calidad de vida grave: 1 día, a razón de 75 €/día.
- Secuelas: 12 puntos en un paciente de 25 años, 2.868,66 €.

En consecuencia, la indemnización reclamada, calculada conforme a dicho informe y baremo, y en atención a la incapacidad temporal y secuelas referidas, es de 18.723,66 €.

Por lo que se refiere a los perjuicios patrimoniales, no incluidos en el informe, tras la intervención y como consecuencia de las lesiones, expone que tuvo que cesar en su actividad laboral (como mecánico) y que desde entonces no ha podido desarrollar trabajo alguno.

Por esta razón, reclama por ese concepto 6.276,34 €.

Así pues, la suma total (18.723,66 + 6.276,34) asciende a 25.000 €, que es la cantidad que demanda como resarcimiento.

Junto con la solicitud aporta copias de diferentes documentos de carácter clínico, de los resultados de las audiometrías que se le realizaron y del Auto dictado por el titular del órgano jurisdiccional ya citado el 10 de diciembre de 2015, en los autos del Procedimiento Abreviado núm. 1399/2014, promovido por el reclamante. En él se decreta el sobreseimiento provisional de la causa y se acuerda el archivo de las actuaciones.

Como se ha anticipado, también se acompaña el informe de valoración del daño corporal elaborado, el 5 de diciembre de 2016, por el Dr. D. Y.

**SEGUNDO.-** La reclamación se admite a trámite el 21 de diciembre de 2016 y dos días más tarde se informa de este hecho a la correduría de seguros del SMS y, el 9 de enero de 2017, a la Dirección General de Asistencia

Sanitaria.

Asimismo, el citado 23 de diciembre de 2016 se solicita a la Dirección Gerencia del Área de Salud II-HGUSL que aporte copia de la historia clínica del reclamante y los informes de los facultativos que lo asistieron.

También, con esa fecha, se solicita al Juzgado de Instrucción ya citado que remita una copia testimoniada de las Diligencias Previas también referidas.

**TERCERO.-** El 17 de marzo de 2017 se remite al órgano instructor el historial médico solicitado.

**CUARTO.-** El 4 de abril siguiente se envía el informe realizado el día anterior por el Dr. D. Z, responsable del Servicio de ORL del Área II, en el que ofrece una extensa respuesta a todas las imputaciones que se exponen en la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**QUINTO.-** El 7 de abril de 2017 se envía a la instructora del procedimiento una copia testimoniada de las Diligencias Previas núm. 1399/2014, ya mencionadas.

En ella se incluyen, las declaraciones del facultativo que asistía regularmente al interesado y del que lo operó, y tres informes forenses, fechados, respectivamente, el 6 de junio y 15 de septiembre de 2014 y el 10 de octubre de 2015.

En el primero de ellos, de junio de 2014, como se ha dicho (folios 224 y 225 del expediente administrativo), después de relatar cronológicamente las asistencias prestadas al interesado, se exponen las siguientes consideraciones y conclusiones médico-forenses:

#### **"CONSIDERACIONES MÉDICO FORENSES.**

*El informado, antes de la timpanoplastia realizada en fecha 03-12-2014 (sic) ya presentaba un mal estado previo de su oído izquierdo, así como una grave hipoacusia, dicha situación, además, dificultaba en extremo el éxito de la intervención quirúrgica, aumentando la posibilidad de que se presentasen graves complicaciones y sus probables secuelas.*

*Poco después de la intervención, sobre una base de otitis crónica, presenta una otitis aguda que complica la evolución postoperatoria.*

*En la información aportada por el informado, así como en los informes clínicos, NO se aprecia ningún dato objetivo que avale la hipótesis de que pudiera haberse producido una Malpraxis.*

#### **CONCLUSIONES MÉDICO FORENSES**

*A la vista de la información aportada, la exploración del informado y una vez estudiada la bibliografía publicada sobre el tema, NO es posible determinar si hubo o no malpraxis en los hechos denunciados por el informado".*

En un segundo informe, de septiembre de 2014 (folio 242), el médico forense ratifica las anteriores conclusiones, pero, con posterioridad, en el informe definitivo de 10 de octubre de 2015 concluye que no existió negligencia, ni mala praxis ni infracción de la *lex artis ad hoc*, ni en el acto médico ni en las revisiones y asistencias posteriores. Por el contrario, considera que la actuación de todos los profesionales implicados fue la correcta con base en los conocimientos científicos y los medios técnicos, quirúrgicos y farmacológicos actuales (folio 572).

**SEXTO.-** Con fecha 25 de abril de 2017 se remiten sendas copias del expediente administrativo a la Inspección Sanitaria y a la correduría de seguros del SMS para que se puedan elaborar, en su caso, los informes valorativo y pericial correspondientes.

**SÉPTIMO.-** El interesado solicita, el 25 de septiembre de 2019, que se le expida una certificación acreditativa de su solicitud por silencio administrativo negativo, lo que se lleva a efecto el 1 de octubre del mismo año.

**OCTAVO.-** El 16 de noviembre de 2022 se recibe el informe de la Inspección Médica, fechado ese mismo día, en el que se exponen las siguientes conclusiones:

“• *No se evidencia la existencia de mala praxis en el proceso relacionado con la timpanotomía exploradora que se le practicó al paciente en diciembre de 2013.*

• *Es razonable atribuir la progresiva hipoacusia del paciente a la progresión de la enfermedad y no a la intervención de timpanotomía”.*

**NOVENO.-** El 30 de noviembre de 2022 se concede audiencia al reclamante y a la compañía aseguradora del SMS para que puedan formular alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes.

Sin embargo, no consta que alguno de ellos haya hecho uso de ese derecho.

**DÉCIMO.-** Con fecha 22 de mayo de 2023 se formula propuesta de resolución desestimatoria por no haberse acreditado la concurrencia de los requisitos necesarios para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial sanitaria, especialmente por no haberse demostrado la antijuridicidad del daño reclamado ni la relación de causalidad que pueda existir entre él y la asistencia prestada por el SMS.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 23 de mayo de 2023.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, dado que versa sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en los artículos 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento y procedimiento seguido.**

I. La reclamación ha sido presentada por una persona que goza de legitimación activa para ello dado que es quien sufre los daños de carácter personal por los que solicita una indemnización.

La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. La reclamación se ha formulado dentro del plazo de un año establecido en el artículo 67.1 LPAC como se deduce del análisis del expediente administrativo.

En este sentido, se debe recordar que el supuesto hecho lesivo se produjo el 3 de diciembre de 2013 y que el interesado formuló denuncia contra los facultativos que le intervinieron el 8 de abril del siguiente año 2014, esto es, dentro del plazo del que disponía legalmente para interponer la acción de resarcimiento. Esa circunstancia determinó la apertura de las diligencias previas a las que ya se ha hecho mención el 7 de mayo siguiente y

supuso, como en tantas ocasiones ha explicado este Consejo Jurídico, la interrupción del plazo de prescripción de la acción de resarcimiento.

De conformidad con lo dispuesto en el Auto de 10 de diciembre de 2015, varias veces mencionado, se acordó el sobreseimiento de la causa y el archivo de las actuaciones. Se sabe que la resolución se puso a disposición de la representación procesal del reclamante (folio 586 del expediente administrativo) el día 14 de dicho mes de diciembre de 2015.

Por tanto, resulta evidente que la reclamación, presentada el 9 de diciembre de 2016, se formuló dentro del plazo legalmente establecido y, por ello, de forma temporánea.

III. 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. No obstante, se advierte que se ha sobre pasado con notable exceso el plazo de tramitación del procedimiento al que se refiere el artículo 91.3 LPAC, dado que se ha tenido que esperar más de cinco años y medio a que la Inspección Médica emitiera su informe valorativo.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los criterios que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española, según el cual *“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.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y desarrollados por abundante jurisprudencia:

1. La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente, e individualizado con relación a una persona o grupos de personas.
2. Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
3. Ausencia de fuerza mayor.
4. Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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 del sanitario ha de llevarse a cabo con sujeción a 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 e intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del 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 una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para 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 (STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

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 producción 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 u otros análogos.

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-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

#### **CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Como se ha expuesto con anterioridad, el reclamante solicita que se le reconozca el derecho a percibir una indemnización de 25.000 € como consecuencia de los daños (pérdida completa de audición, dolor y molestias en el oído izquierdo) que se le causaron, en diciembre de 2013, como consecuencia de la intervención que se le practicó en el HGUSL. Expone que se le realizó una timpanotomía exploradora en lugar de la timpanoplastia que estaba programada, y que, además, no se le informó adecuadamente de ello ni se le advirtió de los riesgos que podían materializarse. Y añade que tampoco firmó un documento de consentimiento adecuado a tal efecto.

En apoyo de sus imputaciones de mala praxis, el interesado ha presentado un informe de valoración del daño corporal, pero no un informe suscrito por un especialista. En este sentido, no puede olvidarse que el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable asimismo en materia de práctica de prueba en el ámbito de los procedimientos administrativos, impone al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la reclamación.

De manera contraria, la Administración sanitaria ha incorporado al expediente la historia clínica completa del reclamante y el informe detallado del facultativo del Servicio de ORL del HGUSL que lo operó, en el que responde a las alegaciones realizadas por el reclamante.

II. De manera más significativa, la Administración ha recabado el informe de la Inspección Médica, en el que ha manifestado su parecer de que no se incurrió en este caso en ningún supuesto de mala praxis o de negligencia profesional que pueda motivar la declaración de responsabilidad patrimonial.

De hecho, en el apartado de su informe titulado *Juicio crítico*, el Inspector Médico explica que el facultativo que realizó la intervención la orientó a confirmar o descartar la existencia de un colesteatoma, cuyo tratamiento quirúrgico consiste en una timpanoplastia.

No obstante, el Inspector destaca que la timpanotomía (apertura del tímpano) se puede considerar un requisito previo a la cirugía que se pueda realizar sobre otras estructuras del oído medio. Y añade que, en este caso, en esa intervención se comprobó que no existía ningún colesteatoma, por lo que se procedió al cierre del tímpano y se concluyó la operación.

En relación con la orientación diagnóstica a colesteatoma, se advierte en el informe de la Inspección que trataba de un paciente con antecedentes familiares de colesteatoma (madre intervenida de esa patología) y con sintomatología compatible con la existencia de dichos quistes. Aun cuando se realizó una tomografía axial

computarizada (TAC) en marzo de 2012 que no detectó signos de colesteatoma, la intervención se realizó en diciembre de 2013, un año y 9 meses después, por lo que dado el tiempo transcurrido no podía descartarse completamente su existencia. Por tanto, la orientación diagnóstica con la que actuó el médico se puede considerar acorde con una correcta práctica clínica.

Por todo lo expuesto, no considera la Inspección Médica que existiera mala praxis en la realización de la timpanotomía exploradora ya citada.

III. Acerca de la imputación de que dicha operación es la causante de la pérdida de audición el interesado, en exclusiva o como causa fundamental, reitera que esa intervención consiste, en esencia, en realizar una incisión en el tímpano, levantar el mismo para inspeccionar el oído medio (sin realizar ninguna intervención sobre las estructuras del mismo) y volver a cerrarlo. Por ello, se trata de una intervención muy poco agresiva, en la que sólo se actúa sobre el tímpano, no sobre alguna estructura del oído medio.

Resalta, igualmente, que antes de la operación, el reclamante ya presentaba una historia, desde la infancia, de problemas en el oído izquierdo y que sufría de cuadros infecciosos y otorrea unos tres años antes de la timpanotomía.

Por otro lado, recuerda el Inspector Médico que, en mayo de 2014, se le realizó al reclamante una timpanoplastia, y que ella se evidenció la ausencia del yunque y del estribo, y que esa circunstancia denotaba una evidente progresión de la patología (otitis crónica) desde dos años antes, pues en ese momento no se detectó una erosión significativa de la cadena de huesecillos en el oído izquierdo.

También argumenta que, dada la falta de agresividad de la intervención de timpanoplastia, y la evidente progresión de la afectación de la cadena osicular por la otitis (ausencia de yunque y estribo), es razonable atribuir la progresiva hipoacusia del reclamante a la progresión de la enfermedad y no a la intervención de timpanotomía.

Añade, asimismo, que, tras la timpanoplastia, y a pesar de la colocación de prótesis para sustituir el martillo y el yunque que habían sufrido erosión hasta desaparecer, no se consiguió recuperar la audición, quedando el interesado en situación de cofosis, esto es, pérdida total de audición.

IV. De igual forma, recuerda que, en las actuaciones judiciales previas a la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial, el médico forense interviniente ya concluyó que no se había incurrido, en este caso, en negligencia, mala praxis o infracción de la *lex artis*, ni en el acto médico ya citado ni en las revisiones o en las asistencias posteriores. Da manera contraria, consideró que la asistencia al reclamante fue correcta y adecuada.

V. Por último, destaca que el interesado había firmado un documento de consentimiento informado para la timpanoplastia, pero que se puede considerar la timpanotomía (la apertura del tímpano, como ya se ha señalado) parte de ese procedimiento, previa a la cirugía sobre otras estructuras del oído medio.

Así pues, no se puede entender que se incurriera en algún déficit de información al reclamante que le hubiese podido provocar un daño moral por la imposibilidad de autodeterminarse en relación con su propia salud y de adoptar una decisión médica debidamente informada.

De acuerdo con lo que se ha expuesto, hay que concluir que no se acreditado la existencia de relación de causalidad alguna entre el funcionamiento normal del servicio sanitario regional y los daños por los que se reclama, cuyos caracteres antijurídicos tampoco se han demostrado convenientemente.

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 existir relación de causalidad alguna entre el funcionamiento normal del servicio sanitario regional y los daños personales que se alegan, cuyos caracteres antijurídicos tampoco se han acreditado convenientemente.

No obstante, V.E. resolverá.

