



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **193/2011**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 26 de septiembre de 2011, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Sanidad y Consumo (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 14 de abril de 2011, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **91/11**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 30 de marzo de 2009, x, representado por Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en un centro y por facultativos dependientes del mismo.

Según relata, el 3 de abril de 2008 una especialista del Servicio de Oftalmología del Hospital "Rafael Méndez" de Lorca, interviene de catarata de ojo izquierdo al hoy reclamante, que recibe el alta ese mismo día. El informe de alta expresa: *"Catarata Ol. Facoemulsificación + lente con A. Tópica. Revisión mañana a las 12 h"*.

A los pocos días de la intervención y ante el empeoramiento del estado del ojo intervenido, el mismo Servicio de Oftalmología decide operar de nuevo en la primera semana de mayo.

Según el reclamante, su ojo izquierdo continuaba empeorando, y no recibía información de los oftalmólogos del Hospital sobre las complicaciones que había sufrido, así como sobre su evolución, por lo que acude, el 21 de mayo de 2008, al "--", de Alicante, donde le informan que padecía un desprendimiento total de retina en el ojo izquierdo, con importante proliferación vítreo retiniana, que precisaba de cirugía urgente de vitrectomía posterior, vía Pars plana, con implante de silicona y cerclaje. Comoquiera que dicha intervención estaba programada en la sanidad pública para el día siguiente, se sometió a la misma en el Hospital "Rafael Méndez", el 22 de mayo.

Una vez que tuvo conocimiento de la patología que padecía en el ojo, su hijo exige al Servicio de Oftalmología del Hospital aclaración de por qué no le habían informado de la misma. El Jefe de Servicio le indica que, efectivamente, tenía un desprendimiento de retina y le entregó los informes sobre la asistencia que se le dispensó desde la primera intervención quirúrgica hasta la segunda vitrectomía.

En el informe se relacionan las intervenciones y se describe el deterioro sufrido en el ojo izquierdo. También se hace constar que, durante la intervención de cataratas, se produjo un traumatismo anterior grave con la cánula de irrigación, que provocó la rotura de cápsula posterior del cristalino y una vitreorragia, y obligó a colocarle una lente en la cámara anterior. En opinión del reclamante, la rotura de la cápsula posterior no se produjo como consecuencia de la propia intervención, sino de la falta de pericia y cuidado del profesional interviniente que introdujo de forma incorrecta la cánula de irrigación utilizada en la técnica de la facoesmulsificación.

Como consecuencia de esta circunstancia hubo de ser intervenido posteriormente ante el deterioro irreversible del ojo y el resultado infructuoso de las medidas adoptadas, tal y como se reconocía en todos los informes emitidos por diferentes oftalmólogos que lo reconocieron.

Considera el reclamante que concurren todos los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, al haberle causado una lesión en la intervención quirúrgica a que se sometió en el Hospital público, que le ocasionó un desprendimiento de retina, con pérdida total de la visión, y un pronóstico incierto; daño que no tenía el deber jurídico de soportar. También afirma que existe relación de causalidad entre las lesiones del ojo izquierdo y la intervención quirúrgica a que se sometió, en la que se utilizó de forma defectuosa la cánula de irrigación, "*que no se introdujo o utilizó de forma correcta o precisa*", lo que ocasionó la rotura de la cápsula posterior del ojo izquierdo y una vitreorragia, y sin que concurriera fuerza mayor.

Aporta junto a su reclamación informe de valoración de daño corporal, que con referencia al sistema de responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación cuantifica en 99.220,59 euros, importe a que asciende la pretensión indemnizatoria, desglosados de la siguiente forma:

- 3 días de hospitalización, 193,71 euros.
- 78 días impeditivos, 4.092,66 euros.
- Por la secuela de amaurosis de ojo izquierdo, valorada en 25 puntos, 26.672,50 euros.
- Por la secuela de perjuicio estético, valorado en 6 puntos, 3.994,98 euros.
- Factor de corrección del 10%, 3.066,74 euros.
- Informe pericial emitido, 1.200 euros.

- Daño moral, 60.000 euros.

Junto a la reclamación se adjuntó, además, apoderamiento en favor de la Letrada actuante, diversa documentación clínica acreditativa de las intervenciones realizadas y de la tórpida evolución del ojo operado, así como copia de factura por importe de 1.200 euros en concepto de informe pericial.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar al interesado la información prescrita por el artículo 42.4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y solicita su autorización para recabar su historial de la clínica privada oftalmológica en la que fue atendido, lo que se hace efectivo una vez concedida la autorización del paciente.

La reclamación se comunica, asimismo, a la aseguradora del Ente Público sanitario, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y al Hospital "Rafael Méndez", recabando de este último la remisión de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que le prestaron la asistencia por la que reclama.

TERCERO.- El informe emitido por el Jefe de Servicio de Oftalmología del Hospital "Rafael Méndez" se expresa en los siguientes términos:

"Paciente de sesenta y tres años de edad, diagnosticado de cataratas bilaterales. (...) intervenido de catarata de ojo izquierdo, el día 3 de abril de 2008, mediante técnica de facoesmulsificación bajo anestesia tópica.

Durante la intervención se produce traumatismo anterior grave con cánula de irrigación, que provoca la rotura de cápsula posterior y vitreorragia, que obliga a poner lente en cámara anterior.

En el postoperatorio se (aprecia) hipotonía intensa con atalamia e iris bombée, que a pesar del tratamiento con corticoides no mejora por lo que se realizan tres iridotomías con láser de Yag.

En los días siguientes mejora la profundidad de la cámara anterior, la hipotonía y la inflamación, apreciándose un edema macular fraccional y un inicio de retinopatía proliferativa anterior. Ante esta situación, se propone realizar una vitrectomía, quitar la lente de cámara anterior y colocarla en cámara posterior suturada a esclera.

El día 7 de mayo de 2008 se realiza intervención quirúrgica.

(...)

En el postoperatorio hay gran turbidez vítrea, se pone trigón subtenoniano y corticoides.

En los días posteriores se aprecia una retinopatía proliferativa anterior que provoca un desprendimiento total de retina.

Se propone la colocación de banda de cerclaje, vitrectomía y colocación de aceite de silicona.

El día 22/5/2008 se hace la intervención (...) No se consigue llevar la retina a su lugar, estando en la actualidad desprendida y estando a la espera de quitar el aceite del interior del ojo".

CUARTO.- Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite con las siguientes conclusiones:

"2.- Durante la intervención de cataratas, mediante el método de facoemulsificación, se produce rotura de la cápsula posterior, por traumatismo con cánula de hidrodissección, que se desprende de la jeringa al introducir el líquido a presión. Esta es la complicación intraoperatoria mas frecuentemente descrita en la cirugía de cataratas, por facoemulsificación. Y se subsana con el implante de la lente intraocular en cámara anterior. Como se hizo.

3.- La incidencia de rotura de la cápsula posterior en cirugía de cataratas por facoemulsificación oscila según los estudios entre el 0,45 % y el 10%.

4.- Entre las complicaciones de la cirugía de cataratas descritas en la literatura científica se encuentran, como complicaciones intraoperatorias: la rotura de la cápsula posterior y la hemorragia supracoroidea expulsiva; y entre las postoperatorias tardías: opacificación de la cápsula posterior del cristalino que requiere la apertura de la cápsula posterior con láser YAG, edema macular quístico, descompensación endotelial corneal y desprendimiento de retina.

5.- Del 1 al 2% de los operados de cataratas desarrollan desprendimiento de retina. La pérdida del

vítreo se asocia a un desprendimiento de retina en aproximadamente el 7%. Un ojo exitosamente tratado de un desprendimiento de retina tiene un riesgo de un 7% de redesprendimiento de retina después de la cirugía de cataratas.

6.- El reclamante, tras la primera cirugía correctora que implanta la lente en cámara anterior, sigue presentando nuevas complicaciones y mala evolución, que se tratan en tiempo y forma adecuada a su presentación. Tratamientos y cirugías en los que coinciden tanto los especialistas de la sanidad pública como privada.

7.- Menos del 10% de los desprendimientos de retina no se pueden reparar y el hecho de no lograrlo no es indicación de mala práctica, y conlleva siempre a visión deficiente o ausencia de la visión en el ojo".

QUINTO.- Por la aseguradora del Servicio Murciano de Salud se aporta dictamen médico elaborado por dos especialistas en oftalmología, que alcanza las siguientes conclusiones:

"1. El reclamante presentaba catarata. El único tratamiento útil de la catarata es la intervención quirúrgica para proceder a su extracción.

2. Durante la cirugía de catarata, la cánula se soltó de la jeringa y salió disparada hacia delante, provocando un traumatismo ocular, que ocasionó una rotura de la cápsula posterior del cristalino. Se manejó dicha complicación de forma adecuada, mediante el implante de la lente intraocular en cámara anterior.

3. La rotura de la cápsula posterior del cristalino es una de las complicaciones más frecuentes de la cirugía de catarata, oscilando su incidencia entre el 4,8 y el 9,9%. No implica que la técnica fuera inadecuada, pues es una complicación inevitable que surge en las manos más expertas y con una técnica correcta.

4. No es frecuente, pero es posible que durante la cirugía ocurra algún grado de traumatismo no deseado, en concreto es posible que la cánula con la que se realiza la hidrodisección (parte de la cirugía en la cual se inyecta líquido a bastante presión dentro del saco cristalino) salga disparada de la jeringa en la cual está insertada, provocando un traumatismo en las estructuras que encuentre a su paso. Si bien esto no es frecuente, es posible a pesar de que se haya comprobado que dicha cánula está bien montada. Esto no indica mala praxis médica, ya que puede ocurrir a pesar de tratarse de un cirujano experto, y a pesar de haber comprobado de forma previa el correcto montaje de la cánula y la jeringa.

5. *A partir de este momento, las lesiones sufridas por dicho traumatismo (rotura de la cápsula posterior) se manejaron de forma adecuada, mediante implante de lente en cámara anterior.*

6. *Poco después se desarrolló un desprendimiento coroideo, que se solucionó con el tratamiento médico pautado, que fue adecuado.*

7. *Poco después ocurrió un edema macular por tracción vítrea, para lo cual se programó tratamiento quirúrgico, mediante explante de la lente de cámara anterior y vitrectomía, actitud adecuada, transcurriendo la cirugía sin complicaciones.*

8. *Poco después el paciente desarrolló un desprendimiento de retina, que se intervino quirúrgicamente dos días más tarde (período de tiempo adecuado), mediante técnica adecuada, a pesar de lo cual la retina volvió a desprenderse. El hecho de que el reclamante presentase un nuevo desprendimiento de retina, a pesar de haber sido intervenido quirúrgicamente, no indica mala praxis ni negligencia médica.*

9. *No se recomendaron más cirugías, actitud que nos parece adecuada, dadas las prácticamente nulas posibilidades de éxito".*

SEXTO.- Con fecha 14 de marzo de 2011, se confiere trámite de audiencia a los interesados, presentando escrito de alegaciones el reclamante en el que manifiesta su oposición a las consideraciones contenidas en los informes de la Inspección Médica y de la aseguradora. Entiende como hecho no controvertido que se produjo un traumatismo en su ojo izquierdo durante la intervención de cataratas, causado por la cánula de irrigación, que provocó la rotura de la cápsula posterior y vitreorragia. También indica que, según la bibliografía consultada, el mayor porcentaje de complicaciones que se ocasionaban en la intervención de cataratas al utilizar la técnica de la facoestimulación, eran debidas a la utilización del instrumento (jeringa), que requería gran pericia, y no a eventuales defectos en el instrumento. Considera que si existía dicho riesgo no se debió utilizar esa técnica quirúrgica sino otra. Finalmente concluye que el documento de consentimiento informado que suscribió, no contenía como riesgo "la rotura de la cápsula posterior" y que aunque firmó dicho documento, antes de someterse a la operación, no se le informó en ningún momento de en qué consistía la técnica que se iba a utilizar, ni de sus riesgos y ventajas, o de las alternativas que existían a la misma. No modifica la cuantificación del daño efectuada en la reclamación inicial.

SÉPTIMO.- Con fecha 31 de marzo, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, pues aunque admite que el daño alegado se produce durante la intervención de cataratas, no lo considera antijurídico, pues el hecho desencadenante del daño, es decir, el fallo de la sujeción de la cánula a la jeringa, *"era susceptible de producirse con independencia de la pericia del cirujano, y a pesar de haberse montado y comprobado correctamente la colocación de la cánula de irrigación"*.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaria e índice de documentos, se remite el expediente en petición de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 14 de abril de 2011.

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 (LCJ), 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.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. El reclamante, en tanto que padece el daño físico por el que se solicita indemnización, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del Servicio Murciano de Salud, en tanto que titular del servicio sanitario público a cuyo anormal funcionamiento se atribuye el daño padecido

2. 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.

3. La reclamación, interpuesta el 30 de marzo de 2009, lo fue antes del transcurso de un año (art. 142.5 LPAC) desde que tuvo lugar la intervención que originó la pérdida de visión del ojo izquierdo del reclamante, de fecha 3 de abril de 2008 y, en consecuencia, tampoco había transcurrido un año desde la estabilización de las secuelas, lo que ocurre semanas después de la intervención, cuando se califica

de irremediable la amaurosis de dicho ojo.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada 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.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) 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.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) 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.

Procede determinar si en el supuesto sometido a consulta se dan todos y cada uno de los elementos indicados, toda vez que la ausencia de cualquiera de ellos impide el reconocimiento del derecho a ser

indemnizado.

CUARTA.- El daño.

Para el reclamante, la intervención de cataratas a que se sometió el 3 de abril de 2008, además de los días de incapacidad, le ha generado un daño consistente en la pérdida total de la visión del ojo intervenido, así como un perjuicio estético ligero y daño moral, se entiende que asociado a dichas secuelas pues nada argumenta al respecto.

La calificación de tales efectos como lesivos es indiscutible, siendo claramente incardinables en el concepto de daños físicos (alteraciones morfológicas y funcionales del organismo) y morales.

QUINTA.- El nexo causal y la antijuridicidad del daño: existencia.

Para el interesado, los daños alegados derivan de una incorrecta o defectuosa técnica quirúrgica seguida durante la operación de cataratas, considerando que la rotura de la cápsula posterior del cristalino se produce por la impericia de la cirujana al realizar la facoestimulación.

1. Defectuosa técnica quirúrgica.

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 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 (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

La *lex artis* actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, 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".

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 (...) (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".*

Así, 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, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

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). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

Y atendiendo a los informes obrantes en el expediente, no puede considerarse acreditado que la intervención se realizara siguiendo una técnica incorrecta o que la oftalmóloga cometiera algún error o impericia en el desarrollo de aquélla, indicándose que la rotura de la cápsula posterior del cristalino es una complicación típica de las operaciones de cataratas y cuya presencia no implica que la técnica fuera

inadecuada, pues *"es una complicación inevitable que surge en las manos más expertas y con una técnica correcta"* (informe de la aseguradora). Tampoco se considera que la evolución posterior del ojo, tras las sucesivas reintervenciones se deba a una mala praxis médica, ni el interesado aporta al procedimiento un informe valorativo que acredite la existencia de una actuación contraria a normopraxis.

2. El mecanismo desencadenante del daño y su valoración jurídica: el daño desproporcionado.

Descartada la aplicación de una técnica quirúrgica defectuosa o incorrecta, lo cierto es que durante la intervención de cataratas, se produce la rotura de la cápsula posterior del cristalino por un traumatismo con una parte del instrumental quirúrgico: la cánula de irrigación o hidrodissección. Según la Inspección Médica, en la hoja operatoria consta que la cánula de irrigación se desprende saliendo disparada por la presión del líquido de irrigación, produciendo la rotura de la cápsula posterior y vitreorragia, lo que obliga a poner la lente en cámara anterior.

Lo cierto es que el protocolo de la intervención, que obra al folio 83 del expediente, no es tan rico en detalles, pues sólo alude a la técnica utilizada, FACO (facoemulsificación), indicando que se coloca LIO (lente intraocular) en CA (cápsula anterior) por rotura capsular. No obstante, en la anotación de la historia clínica correspondiente al 15 de abril de 2008 (página 65 del expediente), sí consta que *"se rompió cápsula por traumatismo con cánula de hidrodissección"* y el informe del Jefe de Servicio de Oftalmología reconoce que *"durante la intervención se produce traumatismo anterior grave con cánula de irrigación que provoca la rotura de cápsula posterior y vitreorragia que obliga a poner lente en cámara anterior"*.

De lo expuesto puede concluirse que el daño en las estructuras del ojo izquierdo del paciente se debió a un accidente ocasionado por un fallo en el instrumental quirúrgico, una de cuyas partes produjo el traumatismo que rompió la cápsula posterior del cristalino.

En la jurisprudencia, la generación de daños derivados de accidentes acaecidos durante las intervenciones quirúrgicas imputables no a una mala praxis sino a fallos en el instrumental, a menudo se resuelve mediante el recurso a la doctrina del daño desproporcionado. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la STSJ Castilla y León 2815/2008, de 2 de diciembre, que versa sobre un supuesto de histerectomía y doble anexectomía que es necesario practicar debido a la rotura de un instrumento utilizado para realizar una citología, manifiesta que *"el resultado final de extirpación de útero y ambos ovarios ha de considerarse de todo punto anormal o desproporcionado a lo que comparativamente es usual en una prueba médica de esta naturaleza: tomas citológicas endocervical y endometrial para descartar la presencia de un adenocarcinoma de endometrio, sin que tal consideración pueda desvirtuarse (...) por la calificación que efectuó la Inspección Médica del desprendimiento de la porción terminal de la escobilla -a la sazón, causante de la perforación uterina- como fortuita e inexplicable, lo que corrobora si cabe la desproporción y anormalidad del resultado que fundamenta la imputación de responsabilidad..."*.

En el mismo sentido, aunque en el orden civil, se expresa la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia núm. 428/2006, de 31 de octubre, que resuelve un supuesto muy similar al que es objeto del presente Dictamen: *"se produjeron daños en el ojo izquierdo del actor produciendo una pérdida casi total de la visión del mismo a consecuencia del desprendimiento de retina sin posibilidad de recuperación, hecho que se produjo al romperse la cánula utilizada por el cirujano y procede la condena atendiendo a la Jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal del "daño desproporcionado", que considera concurre en el supuesto enjuiciado en el que tras una operación de cataratas se produce la (pérdida de la) casi totalidad visión del ojo izquierdo amén de las numerosas operaciones a las que tuvo que someterse a consecuencia de las complicaciones surgidas, como lo fue el desprendimiento de retina y las revisiones periódicas posteriores (...) En el supuesto enjuiciado se produce un suceso y un daño, se trata de un daño desproporcionado el que se ha generado al actor si aparece, como dice el Tribunal Supremo, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele indubitadamente la negligencia de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar o el descuido en su conveniente y temporánea utilización"*.

No siendo necesario, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la determinación de negligencia en el actuar médico, sino la de la antijuridicidad del daño, ésta deriva de la causación de un perjuicio que se estima desproporcionado en relación con la actuación médica a la que se sometía el paciente cuando se produjo la complicación. Por otra parte, aunque la Inspección Médica y la aseguradora insisten en sus informes en que el fallo en el mecanismo de sujeción de la cánula fue fortuito, no cabe considerar este extremo plenamente acreditado, pues ni en tales informes ni en el resto del expediente se constata que se siguieran las instrucciones de seguridad en el manejo del aparato, que se reemplazara tras un determinado número de intervenciones o período de tiempo conforme a las recomendaciones del fabricante, etc. Únicamente se señala que en el año 2008 la conexión entre la cánula y la jeringa se realizaba mediante presión, sistema que es menos seguro que el actual de rosca, lo que exigía de los facultativos que utilizaran este instrumental un deber adicional de cuidado ante la posibilidad del fallo técnico y las graves consecuencias esperables para la salud de los pacientes.

En cualquier caso, el Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de este tipo de circunstancias en el Dictamen 66/2001, en el que dijimos que *"aun cuando se tratase de un accidente inhabitual, existía un riesgo que el personal sanitario tenía el deber de prever y que, en todo caso, el particular no tiene el deber de soportar, pues los riesgos por el mal funcionamiento de los aparatos sanitarios, aun cuando puedan calificarse como fortuitos, entran dentro de la esfera de responsabilidad de la Administración sanitaria, sin perjuicio de que, en su caso, ésta pudiera dirigirse luego contra el fabricante. Existió, pues, un funcionamiento anormal del servicio público"*.

En el mismo sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 7 de mayo de 2003, concluye que *"acreditado el fallo técnico durante el curso de la embolización (rotura de catéter endovenoso sin mala praxis médica), la Sala llega a la conclusión, compartida por los informes y propuesta emitidos por el INSALUD, de haberse producido un daño antijurídico que el paciente no tiene por que soportar, y que en consecuencia ha de acogerse la obligación de indemnizar"*.

En consecuencia, ha de considerarse que existe nexo causal entre la intervención de cataratas a que se sometió el paciente y el perjuicio alegado, el cual cabe calificar de antijurídico, dado que no tiene el

deber jurídico de soportarlo.

SEXTA.- El *quantum* indemnizatorio.

La doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales, como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de la indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

1. Los daños permanentes: secuelas y perjuicio estético.

a) Pérdida de visión de un ojo.

Para poder hablar de secuela o incapacidad permanente, ha de estarse al momento de consolidación de la lesión o curación. Y éste, de conformidad con la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, núm. 122/2007, de 6 de febrero, va a ser *"el momento en el cual se consigue la máxima evolución del proceso, el tratamiento ha sido aplicado al máximo y más aplicaciones no se prevén como necesarias si no es que se presenta algún tipo de complicación"*. Atendiendo a este concepto, el expediente revela que la situación residual del ojo izquierdo del reclamante, con pérdida total de visión, es definitiva. Así se expresa en informe de oftalmólogo aportado por el paciente y que obra al folio 27 del expediente, según el cual, *"el ojo izquierdo no precisa cirugía ya que no es posible mejorarle la visión"*. La visión por este ojo es nula, con amaurosis. El informe del Jefe de Servicio de Oftalmología del Hospital "Rafael Méndez" (folio 55 del expediente) expresa en relación con el ojo izquierdo del paciente *"luz sin posibilidad de mejorar con corrección"*.

Atendiendo al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, recogido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, la pérdida de visión en un ojo se valora en 25 puntos. Atendida la edad del paciente en el momento de la intervención (63 años) y el año en que aquélla tiene lugar, el valor unitario del punto es de 1.066,90 euros, por lo que la indemnización por la pérdida de visión del ojo debe ascender a 26.672,5 euros.

b) Perjuicio estético.

Según el informe de valoración del daño corporal aportado por el reclamante, el perjuicio estético derivado de la situación residual de su ojo izquierdo se califica como ligero (grado mínimo de los establecidos en el baremo de referencia) y se valora en 6 puntos (máxima puntuación aplicable al perjuicio estético ligero). Razona el perito del actor que éste ha quedado con gran hiperemia y lagrimeo, como señala el informe del oftalmólogo obrante al folio 27 del expediente, que *"debe ser muy evidente al estar localizados en una zona muy visible como es la de los ojos"*. No obstante afirma que no ha visto al lesionado. En atención a esta circunstancia y careciendo el expediente de otros elementos de juicio acerca de la afección estética del aspecto del paciente, considera el Consejo Jurídico que, antes de fijar una cantidad para indemnizar el perjuicio estético del paciente, por el órgano instructor debería recabarse otro informe pericial de valoración del daño para poder contrastar la apreciación del perito de parte.

c) Factor de corrección.

Una vez determinada la indemnización correspondiente al perjuicio estético y sumada a la cantidad por secuelas, habrá de aplicarse un 10% en concepto de factor de corrección sobre lesiones permanentes, pues la víctima se encuentra en edad laboral y no ha justificado su nivel de ingresos.

2. Incapacidad temporal.

Se solicitan 3 días de hospitalización, correspondientes a las tres intervenciones (realizadas los días 3 de abril y 7 y 22 de mayo de 2008) y 78 días considerados como improductivos.

a) En relación con los días de hospitalización, debe indicarse que, aun tratándose de cirugía ambulatoria, consta en el expediente que se realizó un informe de alta hospitalaria en relación a cada una de las intervenciones, por lo que se produjo el correspondiente ingreso y alta, aun cuando fuera de sólo un día de duración en cada una de las ocasiones. Procede, en consecuencia, considerar adecuada

la calificación de estos tres días como de hospitalización.

b) Los días improductivos son computados por el perito valorador del reclamante desde el día de la primera intervención (el 3 de abril de 2008) hasta un mes después de la tercera operación (el 22 de junio de 2008), si bien no argumenta ni ofrece los criterios que le llevan a tales conclusiones. Una vez más, careciendo el expediente de datos que permitan contrastar lo adecuado de esta apreciación del perito de la parte, debe el órgano instructor recabar el oportuno informe que determine en qué medida el paciente quedó impedido para la realización de sus actividades ordinarias en los períodos comprendidos entre las tres intervenciones y en el postoperatorio de la de 22 de mayo, para poder establecer tanto el período total de incapacidad temporal como su distribución en días improductivos y no improductivos.

3. Daño moral.

De conformidad con el apartado primero, 7 del Anexo del sistema de valoración utilizado como referencia, "la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud". En consecuencia, y dado que el reclamante se limita a reclamar una cuantía en concepto de daño moral, sin explicitar en qué consiste éste, cabe entender que se refiere al *pretium doloris* derivado del tratamiento y de las consecuencias que para su salud ha tenido la actuación administrativa. En cualquier caso, tal concepto ha de entenderse incluido en la indemnización por los daños antes considerados, pues en la baremación de la secuela se ha tenido ya en cuenta el daño moral que toda secuela conlleva.

4. Informe pericial.

El Dictamen 133/2007 de este Consejo Jurídico aborda la cuestión del carácter indemnizable o no de los gastos de peritación que, en el supuesto ahora sometido a consulta, se plantea con ocasión de determinar si ha de indemnizarse el gasto habido por el reclamante para obtener el informe médico legal de valoración del daño corporal sufrido.

El Consejo de Estado sostiene, con carácter general, que los gastos de peritación no son indemnizables ya que no tienen el carácter de gastos preceptivos y se desembolsan por el reclamante en su propio y exclusivo beneficio (por todos, Dictamen 3595/1998); no obstante, esta regla general admite excepciones, como advertíamos en el Dictamen antes citado, al señalar que cuando las actuaciones periciales se tornan en prueba esencial para valorar los perjuicios, sí procede su reintegro, de conformidad con una línea jurisprudencial (por todas, SSTs, Sala 3ª, de 20 de enero y 3 de febrero de 2001) que sostiene que los gastos habidos en la vía administrativa previa, si son probados, habría derecho a su reintegro.

En el supuesto sometido a consulta, el informe de valoración pericial del daño no adquiere el carácter de prueba esencial para la determinación de su alcance, y ello porque presenta algunas características que limitan su valor probatorio. Así, el hecho de no examinar directamente al lesionado a la hora de valorar el perjuicio estético y la omisión de los criterios utilizados para el cómputo de los días de incapacidad y su carácter impeditivo o no, han llevado a este Consejo Jurídico a requerir al órgano instructor que recabe un nuevo informe que permita contrastar los extremos objeto de pericia, dado que el de la parte no es suficiente para llegar a la convicción acerca del alcance de los daños.

Estima, en suma, el Consejo Jurídico que, en el presente supuesto y en atención a las consideraciones expuestas, no procede incorporar al *quantum* indemnizatorio la elevada cantidad de 1.200 euros en concepto de gastos de peritación.

5. Actualización.

Una vez efectuados los cálculos de las cantidades a indemnizar, habrá de procederse hasta su actualización conforme a lo establecido en el artículo 143.1 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que el Consejo Jurídico sí advierte la concurrencia en el supuesto sometido a consulta de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización debe calcularse atendiendo a lo expuesto en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.