



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **318/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 17 de noviembre de 2014, 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 de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 10 de enero de 2014, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **05/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 13 de agosto de 2010 x presentó una reclamación basada en la, a su juicio, deficiente asistencia recibida del Servicio de Oftalmología del Hospital Rafael Méndez, de Lorca (HRM). Manifiesta que, tras ser intervenido de cataratas, el día 21 de julio fue atendido en la consulta por la doctora que lo había operado, que procedió a graduarle la visión con el resultado que aparece acreditado al folio 5 del expediente. Tras adquirir las lentes (para lejos y para cerca), pudo comprobar que no se adaptaba a ellas, sufriendo problemas de visión y mareos, por lo que intentó infructuosamente ser revisado de nuevo en dicho Servicio de Oftalmología, lo que le obligó a consultar su problema con el optometrista de la clínica en la que había adquirido las lentes, el que *"tras una exhaustiva revisión, determina que ha sido mal graduado, no sólo en cuanto a las dioptrías, sino que incluso se le ha diagnosticado miopía cuando lo que tiene es hipermetropía. Además se extraña de que la graduación se haya hecho sólo 21 días después de la última operación, cuando se debe esperar más de un mes para la adaptación de la lente"*. Acompaña la graduación realizada por el optometrista (folio7). Indica que ha tenido que adquirir dos nuevas gafas, por lo que solicita una indemnización coincidente con el importe de las primeras, ya que considera que no tiene por qué asumir el gasto que le ha producido el error sufrido por los servicios sanitarios autonómico.

SEGUNDO.- Por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 23 de noviembre de 2012 se admitió a trámite la reclamación presentada, que fue debidamente notificada al interesado.

TERCERO.- Solicitado al HRM el envío de la historia clínica del paciente e informes de los facultativos que le atendieron, se incorpora al expediente dicha historia clínica e informe del Dr. x, Jefe del Servicio de Oftalmología del HRM, del siguiente tenor:

"Vista la historia del paciente x, efectivamente se le operó de cataratas haciendo la última revisión el día 21 de Julio de 2010 con la siguiente refracción:

OD -1.75 -0.75 por 115°

OI -1.25 -4.50 por 95°

Con esa refracción tenía una agudeza visual de 2/3 en OD y de 1/3 en OI, dicha refracción no es fruto del azar sino que se realiza midiendo la refracción en el auto refractómetro comprobándola después con los cristales de prueba por si hubiera de modificarse, por lo tanto una desviación de más de una dioptría en cada ojo no es posible porque supone poner un cristal negativo que es positivo y que al poner ese cristal el enfermo no hubiera visto.

Ahora bien es posible que tuviera una inflamación retiniana y sufriera un edema macular quístico posquirúrgico con lo que la refracción puede pasar de ser negativa a ser positiva puesto que un edema en la retina por cada Mm, de elevación puede dar hasta 3 D de diferencia.

A x no se le ha visto en la consulta y toda la exploración fue efectuada en la óptica donde le pusieron los cristales".

CUARTO.- Se incorpora al expediente informe médico de la aseguradora, emitido por un facultativo especialista en Oftalmología y Medicina Interna, en el que, tras efectuar las consideraciones médicas que estimó convenientes, concluye del siguiente modo:

"1. El paciente x fue graduado en un momento correcto tras la cirugía de cataratas, cuando ya no era previsible se produjeran modificaciones refractivas.

2. Existe una discordancia evidente entre la graduación hospitalaria y la graduación que precisó con posterioridad para obtener la máxima agudeza visual.

3. Es poco probable que las diferencias existentes sean imputables a cambios refractivos tras la cirugía.

4. Aunque no se puede hablar de negligencia médica, pues se graduó al paciente en el momento adecuado, es probable que se produjera un error de graduación en la prescripción de la gafa inicial".

QUINTO.- Con fecha 11 de marzo de 2013 se solicita informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Sanitarias de la Dirección General de Atención al Ciudadano, Drogodependencias y Consumo, sin que conste que el mismo se emitiese.

SEXTO.- Otorgado un trámite de audiencia, no consta que el reclamante formulara alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución desestimatoria, porque si bien es cierto que, según se desprende del informe del

perito de la aseguradora, se pudo cometer un error de graduación, el reclamante, a quien corresponde la carga de la prueba, no ha acreditado que tal error le haya producido un daño evaluable económicamente.

SÉPTIMO.- Con fecha 10 de enero de 2014 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 (LCJ), en relación con el 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El x, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida en un centro sanitario dependiente de la Administración, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

II. En lo que se refiere al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

III. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, cabe formular las siguientes observaciones al procedimiento seguido:

1) En relación con la decisión de continuar el procedimiento sin que se haya evacuado el informe la Inspección

Médica en el plazo de los tres meses, conforme al Protocolo de Agilización de los procedimientos de responsabilidad patrimonial aprobado por el Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud en fecha 27 de mayo de 2011, este Órgano Consultivo muestra su conformidad con tal decisión en el presente caso, puesto que concurre el supuesto considerado en nuestro Dictamen núm. 193/2012: *"sólo cabrá continuar los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial una vez transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto en el artículo 42.5,c) LPAC sin que se haya evacuado el informe preceptivo y determinante, cuando en el expediente existan suficientes elementos de juicio para adoptar la decisión que resuelva el procedimiento, pues de lo contrario la Administración no podría resolver expresamente sobre el fondo hasta tanto no fueran emitidos aquellos informes y cumplidos los demás trámites preceptivos"*. Efectivamente, la decisión contenida en la propuesta de resolución elevada se sostiene en suficientes elementos de juicio, dado que el informe del perito de la aseguradora apunta la improbabilidad de que las diferencias existentes entre la graduación hospitalaria y la que finalmente precisó el paciente para obtener una correcta visión, puedan deberse a cambios refractivos tras la cirugía, apuntando, como causa más probable de tal discordancia, la comisión de un error de graduación.

2) A pesar de que el interesado se refiere en su reclamación a un gasto que habría hecho efectivo el día 31 de julio de 2010 (factura correspondiente a las gafas adquiridas con la graduación prescrita en el HRM), lo justifica mediante la aportación de la factura emitida en relación con las lentes que le hicieron con la graduación llevada a cabo por el optometrista el día 12 de agosto de 2010. Tal discordancia se debió despejar durante la sustanciación del procedimiento, requiriendo al reclamante para que aportase la factura de las primeras gafas, señalando qué importe correspondía a las destinadas a corregir la visión de lejos (única graduación sobre la que se cometió error), así como desglosando el importe por conceptos (montura y cristales), ya que la nueva graduación sólo obligaba a cambiar estos últimos.

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.

CUARTA.- La relación de causalidad entre los servicios públicos regionales y el daño alegado. Especial consideración sobre la acreditación del daño.

En el supuesto que nos ocupa, el reclamante considera que ha recibido una deficiente asistencia sanitaria consistente en una mala graduación de la vista, ya que con las gafas que le hicieron en la óptica con la graduación prescrita en el Servicio de Oftalmología del HRM no veía bien, porque los cristales prescritos eran para corregir la miopía cuando en realidad la alteración visual que le había quedado tras la operación de cataratas era una hipermetropía.

El informe del perito de la aseguradora contiene el siguiente juicio crítico sobre la praxis médica:

"Es evidente que existe una discordancia entre la graduación que se le prescribió en el hospital y la que el día 12 de agosto se le indicó en el centro --, pues no coinciden ni el defecto esférico ni la potencia del cilindro en ninguno de los dos ojos. Por otra parte, la agudeza visual es claramente superior con la refracción última, llegando a 0,7 con ambos ojos, siendo inicialmente de 0,4 y 0,3 respectivamente, con la graduación inicial. Por ello, aunque es posible que existan ligeras variaciones tras la cirugía, y el momento fue adecuado, no se puede afirmar con certeza, pero es probable -dadas las diferencias existentes- que se trate de un error de graduación".

Finalmente alcanza la conclusión de que se graduó al paciente en un momento correcto, pero probablemente se cometió un error en la graduación de la gafa inicial. De ahí que este Órgano Consultivo coincida con la propuesta de resolución, de acuerdo con el citado informe de la aseguradora, que se puede afirmar la existencia de una relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado.

También se coincide con el órgano instructor en que el reclamante, a quien incumbe la carga de la prueba, no ha desplegado una actividad idónea para acreditar el daño que dice haber sufrido (el pago, el día 31 de julio de 2010, de unas primera gafas con la graduación prescrita en HRM), puesto que a pesar de que en su escrito de reclamación manifiesta adjuntar dicha factura, la que se une es la correspondiente al día 12 de agosto de 2010, es decir, la que se abonó por las segundas gafas. Ante esta falta de concordancia el instructor debió efectuar el requerimiento al que nos referimos en la Consideración Segunda, III, del presente Dictamen, puesto que al él corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 78.1 LPAC, llevar a cabo los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciar la resolución, de ahí que no pueda compartirse la propuesta desestimatoria de la reclamación por no haber quedado probada la existencia del daño alegado.

Lo anterior obliga a que, con anterioridad a la resolución de la reclamación, se inste al reclamante para que aporte la factura de 31 de julio de 2010, con las notas aclaratorias que por la óptica se consideren convenientes para determinar cuál sea el importe de los cristales correspondientes a las gafas de lejos, única cantidad por la que, tal como se indica en la citada Consideración Segunda, III, cabría indemnizar.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, en cuanto considera que concurre el necesario nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado.

SEGUNDA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de desestimar la reclamación por no haber quedado acreditada la realidad del daño alegado, debiéndose llevar a cabo, en lo que a esta circunstancia se refiere, las actuaciones que se indican en la Consideración Segunda, III, 2) del presente Dictamen.

TERCERA.- Si de los actos de instrucción complementarios que se señalan, se acreditase por el reclamante el desembolso que asegura haber realizado el día 31 de julio de 2010, se deberá proceder al abono de la cantidad que corresponda a la sustitución de los cristales de las gafas de lejos, más la actualización que corresponda a tenor de lo previsto en el artículo 141.3 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.