



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen **356/2015**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 2 de diciembre de 2015, 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 13 de marzo de 2015, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, y, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **110/15**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de septiembre de 2013, el letrado x presenta ante el Servicio Murciano de Salud una reclamación extrajudicial en nombre de x por importe de 486.000 euros, en concepto de *"lesiones, secuelas, incapacidad temporal, invalidez y daños y perjuicios tanto económicos como morales derivados del tratamiento recibido en el Hospital Universitario de Cartagena los días 27 de septiembre y posteriores, por mala praxis, desproporcionadas secuelas frente a la lesión inicial sufrida y falta de información respecto a posibles consecuencias de la intervención. Sirva el presente interrumpir la prescripción"*.

SEGUNDO.- Mediante oficio de fecha 15 de octubre de 2013, la Jefa del Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud requirió al reclamante para que completara y subsanara los defectos advertidos en su escrito de reclamación, conforme a los artículos 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y artículo 6.1 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo, advirtiéndole que en el caso de no proceder a la subsanación requerida se le tendría por desistido de la reclamación.

En cumplimiento del anterior requerimiento, el 31 de octubre siguiente (fecha de certificación en la Oficina de Correos) se presenta un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por x, y, asistidos por los letrados x, y, z, en el que se expone los siguientes hechos (folios 3 a 13):

"(...) El reclamante, tras sufrir un accidente causal con la puerta de su vehículo, acudió al servicio de urgencias del Hospital Universitario Santa Lucía de Cartagena el 27 de septiembre de 2013 (sic) por pérdida de visión, siendo diagnosticado de desprendimiento de retina en ojo derecho.

En un primer momento, y tras la revisión y exploración llevada a cabo por el Dr. x, el mismo le comunicó la necesidad de ser intervenido con carácter de urgencia por la lesión sufrida.

Transcurridos unos minutos, el Dr. referido en el párrafo anterior le informó al Sr. X de la imposibilidad de llevar a cabo la intervención quirúrgica al encontrarse faltos de personal por la festividad de los cartagineses y romanos, motivo por el cual fue incluido en la lista de espera quirúrgica.

Pese a que x presentaba fuertes dolores y pérdida de visión, hechos que puso en conocimiento de los facultativos del centro hospitalario, no fue intervenido hasta el día 8 de octubre de 2012.

El tiempo transcurrido hasta llevar a cabo la intervención quirúrgica, la cual era considerada "muy urgente" por los propios facultativos que le asistieron, la falta de un tratamiento médico adecuado y la desatención por parte del personal médico, más allá de mejorar el estado del paciente, ha supuesto un tremendo deterioro en su visión, hasta el extremo de que padece una agudeza visual irreversible e inferior a 0.2 en ojo derecho y de 0.5 en ojo izquierdo, visión distorsionada doble y nebuloso, así como un importantísimo cuadro depresivo como consecuencia de las lesiones sufridas".

Se concretan los daños reclamados en las siguientes cantidades:

- 486.000 euros para x.
- 100.000 euros para su esposa, x, en concepto de daños moral complementario, solicitando también cuantos otros daños se deriven de los hechos objeto de reclamación.

Se añade que la reclamación que se formula responde a las lesiones, secuelas, incapacidad, daño emergente, lucro cesante, daño psíquico y moral, y perjuicios de toda índole derivados de las lesiones sufridas por el reclamante, sin perjuicio de ulterior determinación en función de los informes médicos y actuariales que se elaboren, en tanto que x aún sigue evolucionando de las lesiones producidas a raíz de estos hechos.

Tras exponer los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, se imputa al Hospital General Universitario Santa Lucía, de Cartagena, el incumplimiento del deber de asistencia adecuada al paciente, al retrasarse la intervención sin causa médica que lo justificase, resultando evidente, en su opinión, la falta de diligencia en la atención profesional prestada al paciente. Igualmente sostiene la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, siendo evidente la deducción de negligencia, dado que el Sr. Ruíz tiene actualmente una agudeza visual inferior al 0,2 en ojo derecho y 0,5 en ojo izquierdo.

Finalmente, se propone como medios de prueba la documental consistente en el historial del paciente a partir de septiembre de 2012 y que se requiera al Servicio Murciano de Salud que aporte la póliza suscrita con la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad de dicho servicio público. Se acompaña documentación integrante de la historia clínica del paciente y fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco de los reclamantes.

TERCERO.- Con fecha 15 de noviembre de 2013 se requirió a los letrados que acreditaran fehacientemente la representación de x y de x (folio 14).

En la contestación (fecha de certificación de 3 de diciembre de 2013 x presenta escrito en el que alega que la reclamación se efectuó en su propio nombre y en el de su esposa, sin perjuicio del domicilio designado a efectos de notificaciones y de que los letrados intervinientes lo hagan en defensa de sus intereses. No obstante lo anterior, se acompaña copia simple de poder notarial otorgado por el reclamante, entre otros, a favor de los letrados citados en el escrito de reclamación (folios 15 a 20).

CUARTO.- Con fecha 17 de diciembre de 2013, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación formulada, que es notificada a las partes interesadas, entre ellas a la Correduría de Seguros --, a efectos de su traslado a la compañía aseguradora del Entre Público (folios 21, 22 y 24).

El 20 de diciembre de 2013 (registro de salida) se solicitó copia de la historia clínica del paciente e informes de los profesionales que le atendieron a la Gerencia del Área II de Salud, a la que pertenece el Hospital General Universitario Santa Lucía (folio 23).

QUINTO.- El 17 de enero de 2014 tiene entrada en el registro del Servicio Murciano de Salud copia de la historia clínica del paciente (folios 29 a 116).

Con posterioridad (folio 117) se remitió el informe del Jefe de Servicio de Oftalmología del Hospital, Dr. x, de 20 de febrero de 2014, sobre los hechos objeto de reclamación (folio 118):

"El paciente x fue valorado por el Dr. x el día 3 de octubre de 2012 e incluido en lista de espera (con prioridad I) por presentar desprendimiento de retina subtotal en ojo derecho, siendo intervenido 5 días después. Su agudeza visual preoperatoria era de 0.1 en la exploración que realizó este facultativo.

La prioridad I debe ejecutarse en un período inferior a 30 días por lo que se cumplieron los plazos administrativos de prestación de servicio.

X presenta un cuadro de miopía magna bilateral y está operado de cataratas de ambos ojos. Estos hechos son los que han aumentado su probabilidad de desarrollar un desprendimiento de retina. No se evidenció en ningún momento que su patología derivase de un antecedente traumático.

Tras la cirugía se ha mantenido su agudeza visual preoperatoria y la retina permanece aplicada. En la última revisión efectuada en nuestro centro (14 de enero de 2014), sus agudezas visuales eran de OD = csc = 0.1 y en OI = csc = 0.2. Esto pone de manifiesto que la agudeza visual es muy similar en ambos ojos y producto de su enfermedad macular miópica.

Con la cirugía de retina se obtuvo una restitución anatómica completa, y la baja agudeza visual final está en relación con su pobre potencial visual derivado de su enfermedad ocular de base.

En conclusión, se realizó cirugía retiniana en los plazos que marca la prioridad I, se consiguió restitución anatómica tras la cirugía, y el paciente firmó su correspondiente consentimiento informado, por lo que puede afirmarse que la actuación del Servicio Murciano de Salud fue técnica y administrativamente correcta".

Se acompaña al citado informe imágenes de la lesión, así como los informes de formulario de consultas (folios 119 a 129).

SEXTO.- Por oficio de 18 de marzo de 2014 (notificado el 26 siguiente) se comunicó a los reclamantes la admisión de los medios de prueba propuestos, en concreto, la historia clínica del paciente, habiéndose incorporado la misma al expediente administrativo. De otra parte, se le indicó que la póliza de contrato de seguro suscrita con la compañía de seguros que cubre la responsabilidad civil del Servicio Murciano de Salud, se encuentra a su disposición en el Servicio Jurídico del citado Servicio (folio 130).

Simultáneamente se recaba el informe de la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria (Inspección Médica) y se remiten las actuaciones a la compañía aseguradora del Ente Público (folios 131 y 132).

SÉPTIMO.- La Compañía Aseguradora -- aportó informe pericial emitido por x, médico especialista en Oftalmología y Medicina Interna, que contiene las siguientes conclusiones médico periciales (folios 133 a 137):

"1. El paciente x fue correctamente diagnosticado de desprendimiento de retina del ojo derecho.

2. El paciente x presentaba factores adicionales (diabetes mellitus, miopía maligna, hipertensión arterial y glaucoma) que pueden mermar la recuperación visual y empeorar el pronóstico visual tras una cirugía de desprendimiento de retina.

3. La cirugía de desprendimiento de retina no constituye una emergencia médica, si bien la intervención es conveniente que no se demore más de unos días.

4. El paciente fue intervenido 11 días después del diagnóstico.

5. La técnica quirúrgica empleada fue correcta y la cirugía exitosa, lográndose la reaplicación anatómica perfecta de la retina, evidenciada mediante OCT macular.

5. El paciente tuvo una recuperación parcial de su agudeza visual (0.2).

7. La cirugía de desprendimiento de retina del paciente x se realizó 11 días después de que se produjera su diagnóstico. Aunque hubiera sido deseable una cirugía de desprendimiento de retina más precoz, ésta no habría modificado el pronóstico visual, toda vez que concurrían otros factores oculares y se logró la restitución anatómica perfecta.

No se puede hablar de negligencia médica".

OCTAVO.- Al no haberse evacuado el informe por la Inspección Médica en el plazo de tres meses y existiendo en el expediente suficientes elementos de juicio para adoptar una decisión, en opinión del órgano instructor, éste acuerda continuar con la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme al Protocolo de Agilización del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Acuerdo del Consejo de Administración del Servicio Murciano de Salud en su sesión de 27 de mayo de 2011, citándose también en la propuesta de resolución la doctrina de este Consejo.

NOVENO.- Mediante sendos oficios de 1 de agosto de 2014 se otorgaron trámites de audiencia a las partes interesadas, solicitando x una ampliación del plazo para formular alegaciones, siendo concedida por el órgano instructor de conformidad con lo previsto en el artículo 49 LPAC (folio 145).

Con fecha 29 de septiembre de 2014, el letrado x presenta en su nombre las siguientes alegaciones (folios 146 a 150):

1ª) No ha quedado acreditado que el tratamiento dispensado al paciente haya sido el correcto.

A este respecto se señala:

"(...) Es decir, una intervención que el propio médico que le vio de urgencias calificó de urgente se efectuó 12 días después porque estaban celebrando la festividad local, con el consiguiente menoscabo en el estado de salud x. El Dr. X que ha elaborado el Informe Médico-Pericial a petición de la compañía aseguradora -- (folios 133 a 137 del expediente administrativo) afirma en el mismo que "Evidentemente hubiera sido deseable que se le atendiera el mismo día, pero fue evaluado 5 días después (el día 3-10) y remitido para intervención otros 5 días después (el día 8-10). Es decir, desde el diagnóstico hasta que se realizó la cirugía transcurrieron 10-11 días. La cirugía de desprendimiento de retina se debe realizar intentando que no transcurra mucho tiempo desde que se ha producido éste, puesto que sí se demora en exceso ello ensombrece el pronóstico". El hecho de la demora en la intervención por más de 10 días dio lugar a las gravísimas deficiencias visuales que actualmente padece x".

Señala seguidamente que la demora en la adopción de medidas diagnósticas y terapéuticas constituye por sí una infracción de la *lex artis*, al poderse deducir de la sintomatología del paciente la presencia de un desprendimiento de retina que no fue tratado a tiempo.

Se reitera también que se ha producido un daño desproporcionado entre el tratamiento y el diagnóstico previo, el hecho quirúrgico y las consecuencias del mismo, habiéndose llegado al extremo de que el paciente actualmente sufre deficiencias permanentes visuales, en concreto dispone de una agudeza visual de 0,100 en el ojo derecho y de 0,400 en el ojo izquierdo según la escala de --. Manifiesta que dichas deficiencias permanentes no han mejorado con los tratamientos instaurados desde la fecha de la intervención, que ha dado lugar a que el paciente sufra un cuadro depresivo reactivo.

2ª) Ausencia de consentimiento informado.

A este respecto señala:

"(...) Lo cierto que el consentimiento informado para la Vitrectomía aportado al expediente administrativo (folios 73 y 74) no constan los riesgos personalizados de la (del) paciente que pudieron haber coadyuvado en las gravísimas deficiencias visuales que sufre, puesto que el apartado 4º "Riesgos Personalizados" figura en blanco. Ni que decir tiene que en el consentimiento informado no deben constar solamente los riesgos generales para la población correspondientes a la intervención quirúrgica, sino también, con la debida claridad, los riesgos específicos para cada paciente, por lo que a la ausencia de consentimiento informado como causa generadora de la responsabilidad se le debe añadir la ausencia de información y consentimiento sobre los riesgos específicos de este paciente".

Sostiene que ha quedado acreditado que el paciente no fue informado de los riesgos generales inherentes a la intervención, ni de los riesgos particulares que derivaban de su enfermedad, lo que genera *per se* una infracción de la *lex artis*.

Finalmente, expone que han quedado acreditados los hechos y las circunstancias objeto de reclamación, así como el daño desproporcionado que se ha producido, por lo que procede en su opinión la estimación íntegra de la reclamación presentada.

DÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 25 de febrero de 2015, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar adecuada la asistencia sanitaria prestada al paciente y que la escasa agudeza visual que presenta tras la vitrectomía realizada se vincula a su enfermedad ocular de base, como lo evidencia el hecho de que haya mantenido tras la cirugía la misma agudeza visual que tenía en el ojo derecho anteriormente. Por el mismo motivo considera que tampoco puede sostenerse la calificación de daño desproporcionado que otorga el reclamante a su patología ocular, pues no resultan acreditadas las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para su aplicación.

En relación con la ausencia de consentimiento informado, manifiesta que consta en la historia clínica dicho documento para la intervención de la vitrectomía suscrito por el paciente el 3 de octubre de 2012, en el que aparece dicha intervención, el modo de efectuarse y los riesgos genéricos y específicos, y que la deficiente visión del paciente no deriva de una complicación o riesgo inherente a la vitrectomía, que logró la reaplicación anatómica perfecta de la retina, sino que guarda relación con la enfermedad ocular de base de x, por lo que la hipotética falta de información de los riesgos particulares del paciente no serían indemnizables.

UNDÉCIMO.- Con fecha 15 de marzo de 2015 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 los artículos 142.3 LPAC y 12 RRP.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Los reclamantes ostentan legitimación activa para reclamar en su condición de paciente y cónyuge que se sienten perjudicados por la actuación sanitaria del Servicio Murciano de Salud, conforme a lo previsto en los artículos 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP. Ahora bien, se advierte que la representación del letrado actuante resulta acreditada en el procedimiento respecto al paciente, conforme al poder que se acompaña (folio 146), no así en cuanto a su esposa.

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

II. La acción resarcitoria ha de considerarse temporánea, toda vez que se ejercitó el 26 de septiembre de 2013, antes del transcurso del año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, teniendo en cuenta la fecha de intervención a cuya tardanza se achaca mala *praxis* (el 8 de octubre de 2012), aun sin considerar la fecha del alta del paciente que habría de considerarse como *dies a quo* para el cómputo del plazo.

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, salvo el plazo máximo para resolver que ha excedido en mucho del previsto reglamentariamente (artículo 13.3 RRP).

Se encuentra justificada la decisión del órgano instructor de continuar el procedimiento, al haber transcurrido en

exceso el plazo otorgado a la Inspección Médica para la emisión de su informe, conforme al Protocolo de Agilización de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial en materia sanitaria (Antecedente Octavo), sin perjuicio de reconocer que el parecer técnico de la Inspección Médica sobre la *praxis* médica hubiera dotado de mayor fundamentación a la propuesta sometida a Dictamen.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial 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, mas 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 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.

CUARTA.- Examen de las actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios

públicos y la aplicación de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial al presente supuesto.

Para los reclamantes la causa del daño se encuentra en el incumplimiento del deber de asistencia adecuada al paciente, al haber dilatado en exceso (más de 10 días) la operación quirúrgica para el desprendimiento de retina, sin mediar causa médica que lo justificase. En el escrito de alegaciones (folios 146 a 150) se sostiene que no ha quedado acreditado que el tratamiento dispensado al paciente haya sido correcto por la demora en la adopción de medidas diagnósticas y terapéuticas, lo que constituye por sí una infracción de la *lex artis*, tildando el daño alegado de desproporcionado porque el reclamante sufre deficiencias permanentes visuales; también atribuye a la sanidad pública la ausencia de consentimiento informado porque en el suscrito por el paciente no figuraban los riesgos personalizados.

La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos vendría determinada, por tanto, según los reclamantes, por la excesiva tardanza en aplicar el tratamiento, cuestión que aparece íntimamente ligada a la "*lex artis*", descrita en la anterior Consideración.

Por el contrario, el órgano instructor considera la adecuación de la asistencia sanitaria prestada al paciente, sobre la base de los informes médicos evacuados en el expediente, señalando que la escasa agudeza visual que presenta el reclamante tras la vitrectomía se vincula a su enfermedad ocular de base, como lo demuestra el hecho de que haya mantenido tras la cirugía la misma agudeza visual que tenía en el ojo derecho anteriormente. También sostiene que no puede calificarse el daño alegado de desproporcionado, al no concurrir los requisitos previstos en la jurisprudencia para la aplicación de tal doctrina, así como que no resulta acreditada la falta de información al paciente, puesto que obra un documento de consentimiento informado para la intervención suscrito por aquél el 3 de octubre de 2010, en el que se incluyen los riesgos genéricos y específicos que conlleva la misma, además de señalar que la deficiente visión guarda relación con la enfermedad ocular de base y no con una falta de información de los riesgos personales.

Entrando a valorar las imputaciones formuladas por los reclamantes resulta:

1. Demora en la adopción de medidas diagnósticas y terapéuticas.

Conforme a la historia clínica, se constata que desde que se le diagnosticó al paciente el desprendimiento de retina el día 27 de septiembre de 2012 en el Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Santa Lucía, al que acudió al "*percibir escotoma en la periferia VI-I en OD a raíz de un golpe con la puerta de coche*" hasta la intervención, el día 8 de octubre siguiente, transcurrieron 11 días. Durante dicho periodo se realizaron las siguientes actuaciones sanitarias: el día 3 de octubre fue examinado por el oftalmólogo que le intervino, habiendo sido remitido el paciente para la valoración del desprendimiento de retina en el ojo derecho (folio 38), anotándose en el historial tanto los antecedentes oftalmológicos, como el examen efectuado por dicho especialista, que concluye en un desprendimiento de retina subtotal y retina aplicada; ese mismo día se le incluye en lista de espera con prioridad 1 según el folio 69 (debe ejecutarse en un periodo inferior a 30 días según detalla el especialista). Dos días después, el 5 de octubre se le realiza la consulta de preanestesia, en la que figuran los resultados de la anamnesis, de la analítica y de las pruebas complementarias realizadas (folio 72). Tres días después, el día 8 de octubre, es intervenido de vitrectomía pars plana según figura en el folio 67.

Según señala el órgano instructor, dada la situación del paciente se programó su intervención teniendo prioridad 1,

que es aquella que se prevé para aquellos pacientes cuyo tratamiento quirúrgico, siendo programable, no admite una demora superior a 30 días (Anexo III del Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo), siendo, por tanto, el paciente asistido dentro del plazo previsto en la normativa.

El siguiente interrogante que cabría despejar, en atención a las imputaciones formuladas por los reclamantes, es si el transcurso de 11 días para la intervención supone una infracción de la *lex artis* porque debiera haberse practicado inmediatamente en el caso examinado, sin perjuicio de la limitación de medios y de las listas de espera sobre las que razona el órgano instructor en la propuesta elevada.

En ausencia de prueba pericial de la parte reclamante (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), este Órgano Consultivo debe acogerse al informe del especialista oftalmólogo de la compañía aseguradora del Ente Público (sobre el que también sustenta alguna alegación la parte reclamante), que expone que *"la cirugía de desprendimiento de retina se debe realizar intentando que no transcurra mucho tiempo desde que se ha producido éste, puesto que si se demora en exceso ello ensombrece el pronóstico. Sin embargo, no parece que una demora de 10 días afecte significativamente al resultado final (...)".* Para concluir seguidamente que *"la falta de recuperación visual no es imputable en este caso a una demora en la cirugía, pues esta se produjo todavía dentro de un plazo dentro de los límites admisibles"*. De sus consideraciones se extrae que no se trataba de una emergencia médica, si bien es conveniente que no se demore más de unos días y que los 11 transcurridos hasta la intervención, incluyendo la preanestesia del paciente, estarían dentro de los límites admisibles.

Asimismo dicho plazo se encontraría dentro de los límites admisibles en opinión también de los peritos cuyo informe se transcribe en nuestro Dictamen 153/2012 sobre otro supuesto de desprendimiento de retina y que seguidamente se reproduce:

"El desprendimiento de retina se diagnostica el 13 de septiembre y se programa cirugía, la cual no se lleva a cabo hasta el día 18 de septiembre ante la negativa inicial de la paciente a ser intervenida. Esta demora no constituye mala praxis. Señalan los peritos de la aseguradora que la cirugía de retina exige una alta especialización en el equipo encargado de realizarla y que ha de hacerse de forma programada, estando documentado en la literatura científica que un período de espera de entre 7 y 15 días en la corrección quirúrgica del desprendimiento es el adecuado, empeorando su pronóstico a partir de los 15 días".

Acudiendo al criterio utilizado por los Tribunales de cuándo se considera la demora en la intervención como una pérdida de oportunidad, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 31 de octubre de 2012, señala que *"así las cosas, no ha quedado acreditado la quiebra de la lex artis que como es sabido opera como premisa de la declaración de responsabilidad de la Administración sanitaria. El retraso de 9 (o 10 días en el cómputo que hace el apelante) sufrido en la intervención del ojo izquierdo tras haber sido diagnosticado de desprendimiento de retina haya sido generador de un daño o lo sea por sí mismo. En definitiva, la demora sufrida no constituye por sí mismo un funcionamiento indebido, anormal o negligente de los servicios sanitarios a lo que comparativamente es usual en una intervención quirúrgica de esta naturaleza (...)".*

Ahora bien, el siguiente interrogante que cabría despejar es si resulta acreditado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, en el supuesto de admitirse que la cirugía fue tardía como sostienen los reclamantes, si las dificultades de visión del paciente son atribuibles al citado retraso, y en este punto resultan coincidentes las

opiniones médicas obrantes en el expediente sobre que la escasa agudeza visual que padece el paciente está en relación con su enfermedad ocular de base, por cierto omitidas por los reclamantes en su escrito inicial (el paciente estaba intervenido de cataratas de ambos ojos, y además se encontraba en tratamiento con fármacos antiglaucomatosos y padecía una miopía magna en ambos ojos).

En este sentido, afirma el Dr. x quien practicó la intervención (folio 118):

"(...)x presenta un cuadro de miopía magna bilateral y está operado de cataratas de ambos ojos. Estos hechos son los que han aumentado su probabilidad de desarrollar un desprendimiento de retina. No se evidenció en ningún momento que su patología derivase de un antecedente traumático.

Tras la cirugía se ha mantenido su agudeza visual preoperatoria y la retina permanece aplicada. En la última revisión efectuada en nuestro centro (14 de enero de 2014), sus agudezas visuales eran de OD = csc - 0.1 y en OI = csc = 0.2. Esto pone de manifiesto que la agudeza visual es muy similar en ambos ojos y producto de su enfermedad macular miópica.

Con la cirugía de retina se obtuvo una restitución anatómica completa, y la baja agudeza visual final está en relación con su pobre potencial visual derivado de su enfermedad ocular de base.

En conclusión, se realizó cirugía retiniana en los plazos que marca la prioridad I, se consiguió restitución anatómica tras la cirugía, y el paciente firmó su correspondiente consentimiento informado, por lo que puede afirmarse que la actuación del Servicio Murciano de Salud fue técnica y administrativamente correcta".

En el mismo sentido, el informe pericial evacuado por el especialista en oftalmología a instancia de la compañía de seguros del Ente Público, que realiza las siguientes consideraciones médicas:

"El paciente x estaba intervenido de cataratas de ambos ojos, y además se encontraba en tratamiento con fármacos antiglaucomatosos y padecía una miopía magna en ambos ojos. Todos estos factores oculares, en presencia de un desprendimiento de retina hacen que la recuperación visual sea más difícil. De hecho el fondo de ojo de un miope magno presenta signos característicos de atrofia generalizada que producen con el paso de los años un lento pero constante deterioro visual. Por eso el paciente Antonio Ruíz Moya no tenía una buena agudeza visual antes de presentar el desprendimiento de retina y además en las revisiones postquirúrgicas la visión del ojo izquierdo también estaba disminuyendo. Es decir, en este paciente concurrían varios factores que le dificultaban tener una buena calidad visual. Por otra parte padecía también alteraciones sistémicas (hipertensión arterial y diabetes) que, per se, pueden producir también cierto grado de deterioro visual progresivo (...)"

Señala que la falta de recuperación visual no es imputable en este caso a una demora en la cirugía, pues ésta se produjo todavía dentro de unos límites admisibles de plazo, concluyendo (folio 137):

"La cirugía de desprendimiento de retina del paciente x se realizó 11 días después de que se produjera el

diagnóstico. Aunque hubiera sido deseable una cirugía de desprendimiento de retina más precoz, ésta no habría modificado el pronóstico visual, toda vez que concurrían otros factores oculares y se logró la restitución anatómica perfecta. No se puede hablar de negligencia médica".

2. Sobre la aplicación de la teoría del daño desproporcionado.

Los reclamantes consideran que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado, que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, puesto que x actualmente tiene una agudeza visual inferior al 0,2 en ojo derecho y 0,5 en ojo izquierdo (escrito de reclamación).

Frente a ello, el órgano instructor considera que no concurren las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado.

Se coincide con el órgano instructor que no concurren los requisitos para su aplicación en el presente caso; en nuestro Dictamen 13/2014 señalamos que para que se aplique la teoría o el criterio del daño desproporcionado no basta con la desproporción evidente entre la patología inicial y el resultado finalmente producido, sino que sería necesario que no exista prueba de otra causa de producción de dicho daño desproporcionado.

Por tanto, sería aplicable la doctrina del daño desproporcionado cuando la prueba aportada fuera insuficiente y del análisis y valoración de ésta no pueda extraerse una conclusión clara ni sea posible, con dicha valoración, fijar o rechazar la responsabilidad por la que se reclama.

Pero en el presente caso no concurren los requisitos para su aplicación, porque la prueba obrante en el expediente permite extraer una conclusión clara sobre la asistencia sanitaria. En este sentido, no se discute por los reclamantes otra de las conclusiones del perito especialista de la compañía aseguradora, en cuanto a que *"La técnica quirúrgica empleada fue correcta, lográndose la reaplicación anatómica perfecta de la retina, evidenciada mediante OCT macular"*. A lo anterior cabe añadir, como se ha indicado en la Consideración anterior, las consideraciones médicas de los informes anteriormente transcritos, que explican que la baja agudeza visual está en relación con su pobre potencial visual derivado de su enfermedad ocular de base (miopía magna bilateral y operación de cataratas de ambos ojos), habiéndose mantenido tras la cirugía su agudeza visual preoperatoria según expone el facultativo interviniente (folio 118).

3. Sobre la ausencia de consentimiento informado.

Quedaría por analizar si la Administración sanitaria incumplió los deberes de información al paciente, como sostiene la parte reclamante por omisión de los riesgos personalizados por la intervención de desprendimiento de retina.

La regulación del derecho de información del paciente se aborda en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación

clínica, cuyo artículo 3 define el consentimiento informado como *"la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"*. De conformidad con el artículo 8.1 y 2, antes de someter al paciente a una intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre su salud, será preciso recabar su consentimiento con la información prevista en el artículo 4 -como mínimo, finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias-.

Pues bien, consta el documento de consentimiento informado para la vitrectomía que se le practicó el día 8 de octubre, suscrito por el paciente el día 3 anterior (folio 73 y 74), en el que se explica la intervención y los riesgos y las complicaciones; a partir de la existencia de dicho documento suscrito por el paciente se invierte la carga de la prueba, correspondiendo a los reclamantes acreditar que de haber recibido más información no se habría intervenido el paciente, tesis que resulta contradictoria con su imputación de base, que es la tardanza en la realización de la intervención por el desprendimiento de retina al considerarla muy urgente (es decir, el reclamante no plantea más opciones terapéuticas que la intervención con independencia de la existencia de su patología ocular previa de la que era plenamente conocedor, como lo demuestran los antecedentes oftalmológicos reflejados en los partes médicos). Además, como destaca el órgano instructor en la propuesta elevada, la escasa agudeza visual del paciente tras la intervención se vincula a su enfermedad de base (y no a la intervención misma que logró la reapiación anatómica de la retina), como en cierto modo recoge el documento de consentimiento informado suscrito cuando señala: *"si la respuesta del ojo es buena irá recobrándose la visión progresivamente en el curso de los siguientes 6 o 12 meses, aunque esto dependerá de la propia enfermedad"*.

En suma, no resulta acreditada la infracción de la *lex artis*, ni la antijuridicidad del daño, por los que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria sometida a Dictamen.

Por último, en cuanto a la cuantía indemnizatoria reclamada a tanto alzado, no se justifica pormenorizadamente, no resultando, además, proporcionada a las imputaciones formuladas, en tanto el daño sería la pérdida de oportunidad por la tardanza en realizar la intervención, teniendo en cuenta sus patologías oculares de base, es decir, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiese producido otro efecto, pero en ningún caso cabría extender la indemnización a la totalidad del daño alegado, como recoge la doctrina del Tribunal Supremo sobre la pérdida de oportunidad (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 3 de diciembre de 2012, entre otras).

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

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria al no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.