



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 218/2024

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 1 de agosto de 2024, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 10 de mayo de 2024 (COMINTER 101840), y CD recibido en la sede de este Consejo Jurídico el día 13 de mayo de 2024, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en representación de D. Y, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2024_165), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 2 de febrero de 2017, un Letrado, que dice actuar en nombre de D. Y, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria que le fue dispensada por el Servicio Murciano de Salud.

Relata el interesado que, el 29 de julio de 2016, sufrió un accidente doméstico en Jumilla, con resultado de lesión en su ojo izquierdo. Tras avisar al teléfono de emergencias (112), la atención sanitaria urgente tardó cuarenta y cinco minutos en acudir al domicilio del Sr. Y. Fue llevado en ambulancia al Hospital “Reina Sofía” de Murcia, donde tardó unas dos horas en ser atendido por un oftalmólogo, que hubo de acudir de urgencia al no haber en ese momento oftalmólogo de guardia.

Se le realizó una ecografía y fue intervenido quirúrgicamente, quedando ingresado en planta. Dos días después fue operado nuevamente tras realizarle una TAC, permaneciendo en el Hospital dos semanas. Manifiesta que a la fecha de la reclamación se está pendiente de decidir si se le extrae el ojo lesionado.

La reclamación no concreta el título de imputación del daño a la actuación sanitaria ni cuantifica la pretensión indemnizatoria, al entender que todavía no se ha estabilizado el cuadro lesional.

Solicita que se incorpore al expediente la historia clínica del paciente y el informe de los facultativos que le prestaron la asistencia por la que se reclama.

SEGUNDO.- Advertido un defecto de acreditación de la representación con que dice actuar el Letrado que presenta la reclamación, se le requiere para su subsanación, lo que cumplimenta mediante la aportación de una copia de escritura notarial de poder.

TERCERO.- Con fecha 8 de marzo de 2017, se admite a trámite la reclamación mediante resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, que ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del indicado ente público sanitario, que procede a comunicar al interesado la información prescrita por el artículo 21.4

de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), al tiempo que solicita a la Gerencia de Emergencias 061 y a la del Área de Salud VII la copia del historial clínico del paciente y el informe de los facultativos que prestaron la asistencia.

Del mismo modo, da traslado de la reclamación a la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud.

CUARTO.- Unida al expediente la documentación solicitada por la instrucción, constan los siguientes informes de los facultativos que atendieron al Sr. Y:

- El del Médico del 061 que atendió en su domicilio de Jumilla al paciente. Afirma que el aviso se recibió a las 20:21 horas del 29 de julio de 2016 y que llegaron a casa del accidentado a las 20:30 horas. Refiere que se encuentran a un varón con trauma ocular grave en ojo izquierdo y que, ante la ausencia de oftalmólogo de guardia en el Hospital de Yecla, se decide aplicar analgesia y antiinflamatorios y trasladar al paciente al Hospital "Reina Sofía" de Murcia, donde llegan a las 21:45 horas.

- El oftalmólogo que trató al paciente en el Hospital "Reina Sofía" se remite al informe de alta de hospitalización, de 11 de agosto de 2016. En él se indica lo siguiente:

"Paciente que acude a Urgencias de nuestro hospital el pasado 29.07.2016 procedente del Hospital de Yecla por accidente traumático ocular con la punta de un embellecedor al caer desde una escalera.

Se realiza ECO-B y se detecta signos de desprendimiento coroideo, restos hemáticos en vítreo y un probable desprendimiento de retina. Se evidencia en la primera exploración una perforación escleral paralela a limbo de VII a XII horas en OI que se sutura de urgencia con prolene 7/0 y se restablece cámara anterior con aire.

Tres días después y tras la petición de un TAC orbitario se decide reintervenir por Seidel positivo y pérdida de tono ocular, objetivándose una perforación escleral no advertida anteriormente hacia la región posterior del globo, suturándose de nuevo el 1.8.2016 con 21 puntos de sutura prolene 7/0 y reforma de la cámara anterior con viscoelástico".

- El del Médico de Atención Primaria, según el cual se trata de un paciente de 49 años, que acude a consulta el 16 de agosto de 2016 con diagnóstico de perforación escleral severa traumática en OI. *"Actualmente [28 de abril de 2017] presenta diagnóstico: Globo ocular en Ptisos Bulbi. Refiere episodios de dolor ocular brusco episódico. Pendiente de valorar enucleación".*

QUINTO.- El 5 de junio de 2017, se solicita a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria el preceptivo informe de la Inspección Médica.

SEXTO.- También con fecha 5 de junio de 2017, la instrucción requiere al interesado para que concrete la valoración económica del daño. Requerimiento que, con advertencia de caducidad, se reitera el 12 de febrero de 2019 y que ahora se amplía a la identificación del daño y su nexo causal con el funcionamiento del servicio público sanitario.

El 27 de febrero de 2019 el interesado cumplimenta el requerimiento instructor y justifica el nexo causal como sigue:

"Viene configurado por la deficiente asistencia sanitaria recibida en la noche del día y madrugada del día 30 de julio. Consistente en que se hizo una reparación parcial de la lesión ocular que presentaba, dejando sin suturar una lesión herida en la parte posterior de la esclera. Esto no se reparó hasta dos días después, cuando fue advertida esta lesión tras la realización de un TAC.

Seguramente, el mismo día 29 no se realizó un TAC por la ausencia de radiólogo disponible en una Urgencia hospitalaria, o quizás el médico asistente no tuvo la precaución de pedirlo. En cualquier caso, ello supuso una demora de 72 horas en reparar la lesión, estando estipulado que las lesiones de tal tipo han de ser intervenidas como máximo en un plazo de 36 horas, a partir de las cuales las posibilidades de recuperación se reducen exponencialmente”.

En cuanto a la valoración económica del daño, considera que la pérdida de visión de un ojo ascendería a la suma de 200.000 euros, si bien en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, se reclama la cantidad de 60.000 euros.

SÉPTIMO.- A solicitud de la instrucción, la Jefe de Servicio de Oftalmología del Hospital “Reina Sofía” evacua informe para contestar a las imputaciones de mala praxis formuladas por el reclamante. Tras relatar la asistencia prestada en el indicado centro sanitario, se informa como sigue:

“Sobre el punto 1. Nexo causal. El día 29 de julio no se hizo TAC no por ausencia de radiólogo, que hay de presencia física en el hospital, sino porque no se sospechó que el paciente pudiera presentar una herida posterior, además de la herida anterior que se suturó.

El tiempo de reparación no es lo más importante en estas heridas, sino la importancia de las mismas y las estructuras que afectan. La herida que presentaba el paciente era profunda y afectaba al polo posterior ocular que es la zona más importante para la visión y se acompañaba de desprendimiento de retina y coroides desde que se presentó en urgencias por primera vez, por lo que era muy grave”.

OCTAVO.- Con fecha 16 de enero de 2023, se evacua el informe de la Inspección Médica, que alcanza las siguientes conclusiones:

“1. D. Y, el 29 de julio de 2016, sufrió un traumatismo ocular izquierdo perforante. El equipo de Urgencias fue avisado a las 20:21 y prestó la primera asistencia al paciente a las 20:30 en su domicilio, tiempo más que aceptable para el desplazamiento. Considerando que precisaba la valoración por un oftalmólogo y al no disponer el Hospital de Yecla de oftalmólogo de guardia fue correctamente trasladado al Hospital Reina Sofía de Murcia.

2. Ya en el Hospital Reina Sofía en la exploración no percibía luz por lo que se hizo biometría y ECO-B con hallazgo de una herida escleral paralela a limbo de VII a XI horas con Seidel positivo, hipema completo y desprendimiento de retina; se suturó la herida escleral y fue alta a domicilio con cita a los 3 días. La no realización del TAC se debió a que no se sospechó la existencia lesiones en el polo posterior ya que sí había radiólogo de guardia en dicho Hospital. El desprendimiento de retina traumático es una indicación de cirugía de urgencia para evitar la afectación de la mácula o para reducir el tiempo de separación entre los fotorreceptores y el epitelio pigmentario. Ante los hallazgos de la ECO-B debió sospecharse que la lesión era de mayor profundidad, haber completado el estudio realizando un TAC para confirmar la lesión retiniana y tratar durante el acto quirúrgico las lesiones presentes en el polo posterior del ojo lesionado.

3. En la revisión del 1 de agosto el ojo estaba hipotónico y con Seidel positivo por lo que se hizo un TAC orbitario que mostró las lesiones en polo posterior del ojo izquierdo compatibles con desprendimiento de retina; ese mismo día fue reintervenido observándose una herida escleral posterior muy extensa de VIII a XII hacia la parte posterior del globo ocular. El diagnóstico y la intervención quirúrgica fueron correctas.

4. En base a la última documentación clínica de que disponemos de abril de 2017, el paciente estaba en espera de valorar la enucleación el ojo izquierdo.

5. Por tanto consideramos que al tratarse de una lesión perforante en OI y ante el hallazgo en la ECO-B del día 29 de julio de 2016 de un posible desprendimiento de retina debió sospecharse la posibilidad de lesión en el polo posterior del ojo completando el estudio realizando un TAC orbitario y llevando a cabo la intervención urgente de todas las estructuras lesionadas”.

NOVENO.- El 15 de junio de 2023, la instrucción solicita a la Inspección Médica que se pronuncie acerca de si, a la luz del anterior informe, considera que existió o no mala praxis y sobre la idoneidad de la valoración del daño efectuada por el reclamante.

El informe solicitado se evacua el 25 de septiembre de 2023 con las siguientes conclusiones:

“1. El día 29 de julio, en el Hospital Reina Sofía, no se hizo TAC al paciente ya que no se sospechó la presencia de una herida posterior y se trató únicamente la herida anterior del ojo. La intervención en el polo posterior del ojo se realizó el 1 de agosto. A la vista de la clínica que presentaba el paciente reiteramos que debió realizarse un TAC en la asistencia del 29 de julio, se habría detectado la lesión en retina y la intervención quirúrgica se habría realizado inmediatamente.

2- Como secuelas, el paciente ha precisado la realización de evisceración del ojo izquierdo el 15 de abril de 2019, con la consiguiente pérdida de visión binocular y presencia de visión monocular”.

DÉCIMO.- El 16 de octubre de 2023 se evacua otro informe de la Inspección Médica, complementario del emitido el 16 de enero de ese mismo año, que concluye como sigue:

“1. El día 29 de julio, en el Hospital Reina Sofía, no se hizo TAC al paciente ya que no se sospechó la presencia de una herida posterior y se trató únicamente la herida anterior del ojo. La intervención en el polo posterior del ojo se realizó el 1 de agosto. A la vista de la clínica que presentaba el paciente reiteramos que debió realizarse un TAC en la asistencia del 29 de julio, se habría detectado la lesión en retina y la intervención quirúrgica se habría realizado inmediatamente.

2. Como secuelas, el paciente ha precisado la realización de evisceración del ojo izquierdo el 15 de abril de 2019 con la consiguiente pérdida de visión binocular y presencia de visión monocular.

3. En cuanto a la idoneidad de la valoración por daños personales: Por aplicación de Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, la enucleación de un globo ocular quedaría encuadrada en el "Capítulo 11- Órganos de los sentidos/cara/cuello." A) Sistema Ocular, Código 02001: Enucleación de un globo ocular. Puntuación anatómico funcional: 30”.

UNDÉCIMO.- Conferido, el 31 de octubre de 2023, el preceptivo trámite de audiencia al interesado, presenta escrito de alegaciones el 22 de noviembre, para señalar que la Inspección Médica confirma la existencia de mala praxis al no haberse realizado el TAC el 29 de julio de 2016 en el Hospital “Reina Sofía”, por lo que se reitera en su solicitud de indemnización, cuya cuantía modifica.

Alega ahora que, entre la fecha del accidente y la enucleación del ojo el 15 de abril de 2019, el Sr. Y padeció de ojo doloroso, lo que determinó que inicialmente le fuera reconocida una incapacidad permanente total. Tras la enucleación del ojo se revisó la incapacidad y se le reconoció una incapacidad permanente parcial para su trabajo habitual, que fue confirmada por Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Murcia, 36/2021, de 8 de febrero. Entiende que, además de la secuela, que valora en 64.476,18 euros, la indemnización debe comprender también las lesiones temporales (990 días, de los cuales 989 de perjuicio personal moderado), lo que arroja una indemnización total de 115.979,18 euros.

Acompaña al escrito de alegaciones una copia de la sentencia aludida y la valoración de lesiones que realiza a

través de la aplicación "UNESPA".

DUODÉCIMO.- Solicitado informe complementario sobre la valoración del daño que efectúa el interesado, la Inspección Médica informa el 18 de diciembre de 2023 que se reitera en la valoración de la secuela contenida en su anterior informe, que el paciente estuvo en situación de baja laboral por incapacidad temporal entre el 29 de julio de 2016 y el 28 de julio de 2017, que la incapacidad permanente reconocida al trabajador se corresponde con la establecida en la sentencia obrante en el expediente, y que no se pronuncia la Inspección sobre la aplicación del baremo de valoración a las lesiones temporales, *"al no ser competencia de este Servicio de Inspección Médica"*.

DECIMOTERCERO.- Conferido un nuevo trámite de audiencia al interesado, éste a la vista de los informes de la Inspección Médica, el 19 de enero de 2024 propone la terminación convencional del procedimiento con un acuerdo de indemnización en cuantía de 100.000 euros, más intereses legales.

DECIMOCUARTO.- A solicitud de la instrucción, la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud realiza informe de valoración del daño corporal, elaborado por una facultativa especialista en Medicina Interna y Hepatología, que cuantifica en un total de 47.110,59 euros, considerando que las lesiones temporales han de ser valoradas como días de perjuicio personal básico. La valoración de las secuelas es idéntica a la del interesado. Aplica, además, un factor corrector negativo del 50%, en atención al mal pronóstico visual del paciente, *"independientemente del tratamiento recibido y el momento del mismo"*.

DECIMOQUINTO.- Conferido, el 18 de abril de 2024, nuevo trámite de audiencia al interesado, presenta alegaciones el 22 de abril, para oponerse a la aplicación del factor de reducción del 50% por pérdida de oportunidad.

DECIMOSEXTO.- El 6 de mayo de 2024, se formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, al apreciarse la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. El parecer favorable a la indemnización se sustenta en la apreciación instructora de que el paciente sufrió una pérdida de oportunidades de curación como consecuencia del mal funcionamiento del servicio público sanitario, al omitirse la realización de un TAC el 29 de julio de 2016, que habría permitido detectar la lesión que presentaba en la parte posterior del globo ocular días antes del momento en que dicha lesión fue diagnosticada y tratada, lo que habría mejorado el pronóstico visual del paciente.

Se propone una indemnización de 47.110,59 euros, coincidente con la señalada por el informe de valoración de la correduría de seguros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo extracto de secretaría y un índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen, mediante comunicación interior del pasado 10 de mayo de 2024, complementada con el envío, el 13 de mayo, de un CD con documentación adicional.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo 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, y 81.2 LPAC, y con dicho carácter preceptivo se ha recabado y se emite este Dictamen.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

I. Cuando de daños físicos o psíquicos a los usuarios de servicios públicos se trata, la legitimación para reclamar por ellos corresponde, de forma primaria, a quien los sufre en su persona, lo que determina que el legitimado en el supuesto sometido a consulta sea el propio paciente, a quien resulta obligado reconocer la condición de interesado, conforme a lo establecido en el artículo 4.1 LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular del servicio público de asistencia sanitaria a la población con ocasión de cuya prestación se produjo el daño reclamado.

II. La reclamación se ha presentado dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 67.1 LPAC, toda vez que se ha ejercitado el 2 de febrero de 2017, antes del transcurso de un año desde el 29 de julio de 2016, fecha de la asistencia sanitaria a la que el interesado pretende imputar los daños padecidos, y ello sin necesidad de entrar a considerar la fecha, muy posterior, de estabilización o curación de las lesiones alegadas, a la que el indicado precepto legal vincula el *dies a quo* del plazo prescriptivo, y que en el supuesto sometido a consulta cabría identificar con el 15 de abril de 2019, fecha en la que se enuclea el ojo del paciente.

III. Se ha seguido el procedimiento previsto en la LPAC para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, sin que se observen carencias esenciales, obrando en el expediente el informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño y el trámite de audiencia al interesado, que junto con el informe de la Inspección Médica y la solicitud de este Dictamen constituyen los trámites preceptivos de este tipo de procedimientos.

Ha de destacarse, no obstante, la desmesurada duración del procedimiento, que ya supera los siete años de tramitación. En la demora de la resolución del procedimiento ha tenido una influencia decisiva la tardanza de la Inspección Médica en evacuar su primer informe valorativo de la asistencia sanitaria dispensada al paciente, que se emitió más de cinco años después de su solicitud.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

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 32 y siguientes LRJSP y desarrollados por abundante jurisprudencia, pudiendo sintetizarse en los siguientes extremos:

- 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 de 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 razonablemente 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.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de los disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto,

responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

De ahí que, como recuerda el Consejo de Estado en Dictamen 52/2020, sea doctrina jurisprudencial reiterada (por todas, Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018, rec. n.º 1016/2016) que, *“frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituya la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento de l régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles”*.

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 337/22, entre muchos otros, 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 ad hoc” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta en el caso de que se trate, 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.

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).

Para la Administración, además de los informes de los facultativos intervinientes, de preceptiva incorporación al procedimiento ex artículo 81.1 LPAC, su principal apoyo probatorio habrá de ser el informe de la Inspección Médica, dadas las peculiares características que reúne y que pone de manifiesto la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 430/2014, de 9 de junio, al señalar en relación con el indicado informe que *“en la valoración conjunta de la prueba se han de ponderar sus consideraciones médicas y sus conclusiones como elementos de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión de la litis, considerando que su fuerza de convicción reside, además de en su motivación y coherencia, en la circunstancia de que la Inspección Sanitaria informa con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes”*.

En esta misma línea, la STSJ Madrid, núm. 681/2021, de 10 de septiembre, sintetiza la doctrina jurisprudencial relativa a la exigencia y valoración de la prueba pericial médica en el proceso judicial en materia de responsabilidad patrimonial por defectuosa asistencia sanitaria y que, *mutatis mutandi*, puede hacerse extensiva al procedimiento administrativo:

“...es sabido que las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados. En estos casos, los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado.

(...)

No obstante debemos de realizar también una consideración respecto a los informes elaborados por la Inspección Sanitaria; informes que contienen también una opinión de carácter técnico, obtenida extraprocesalmente, por lo que sus consideraciones deben ser ponderadas como un elemento de juicio más en la valoración conjunta de la prueba, debiéndose significar que los informes de los Inspectores Médicos son realizados por personal al servicio de las Administraciones Públicas, que en el ejercicio de su función actúan de acuerdo a los principios de imparcialidad y especialización reconocidos a los órganos de las Administraciones, y responden a una realidad apreciada y valorada con arreglo a criterios jurídico-legales, por cuanto han de ser independientes del caso y de las partes y actuar con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad”.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al servicio público sanitario.

Si bien en la reclamación inicial no se llega a identificar la concreta acción u omisión facultativa a la que se pretende vincular causalmente la producción del daño, tras la evacuación del informe de la Inspección Médica, el actor señala que fue la no realización del TAC en la noche del 29 de julio de 2016 la que determinó que no se advirtiera la lesión que presentaba el paciente en la parte posterior del globo ocular y que, en consecuencia, la intervención que se le practicó únicamente reparara la que se ubicaba en la parte delantera del ojo, dejando sin tratamiento la de la zona interior, hasta tres días más tarde, en la que se advirtió su presencia.

A la luz de dichas alegaciones, la acción de responsabilidad efectúa una imputación por omisión de medios, por haber escatimado la Administración sanitaria la realización de una prueba diagnóstica (TAC) en el momento en que estaba indicada, y ser el facultativo que atendió al paciente, en las horas inmediatamente posteriores al accidente que provocó la perforación del ojo, incapaz de alcanzar un juicio clínico completo acerca de las graves lesiones que sufría.

Es evidente que la determinación de si dicha prueba diagnóstica era exigible por estar indicada en atención a la sintomatología que presentaba el paciente y al mecanismo de producción de la lesión en cada momento, así como si atendido el cuadro de síntomas y signos de enfermedad que presentaba el paciente habría debido sospechar el oftalmólogo que le prestó la primera asistencia en el Hospital acerca de la existencia de una lesión en la parte posterior del ojo, son cuestiones que han de ser analizadas necesariamente desde la óptica de la ciencia médica, por lo que habremos de acudir a los informes médicos y periciales que obran en el expediente.

Y, dado que es al actor a quien incumbe la carga de probar la quiebra de la *lex artis* que imputa a la Administración, ex artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al clásico aforismo “*necessitas probandi incumbit ei qui agit*”, la falta de aportación al procedimiento de un informe pericial que sostenga sus alegaciones de mala praxis podría dar lugar a la desestimación de su reclamación, si no fuera porque los sucesivos informes de la Inspección Médica señalan la existencia de una quiebra de dicha *lex artis* en la omisión de la citada prueba diagnóstica (TAC), que estaba indicada en la situación clínica que presentaba el paciente y que, además, estaba disponible en el centro hospitalario en el que se le prestaba la asistencia sanitaria.

En efecto, el primer informe de la Inspección Médica, de 16 de enero de 2023, concluye que “*la no realización del TAC se debió a que no se sospechó la existencia [de] lesiones en el polo posterior ya que sí había radiólogo de guardia en dicho Hospital. El desprendimiento de retina traumático es una indicación de cirugía de urgencia para evitar la afectación de la mácula o para reducir el tiempo de separación entre los fotorreceptores y el epitelio pigmentario. Ante los hallazgos de la ECO-B debió sospecharse que la lesión era de mayor profundidad, haber completado el estudio realizando un TAC para confirmar la lesión retiniana y tratar durante el acto quirúrgico las lesiones presentes en el polo posterior del ojo lesionado (...)* 5. Por tanto, consideramos que al tratarse de una

lesión perforante en OI y ante el hallazgo en la ECO-B del día 29 de julio de 2016 de un posible desprendimiento de retina debió sospecharse la posibilidad de lesión en el polo posterior del ojo completando el estudio realizando un TAC orbitario y llevando a cabo la intervención urgente de todas las estructuras lesionadas”.

Se reitera esta conclusión en los informes de 25 de septiembre y 16 de octubre de 2023: *“A la vista de la clínica que presentaba el paciente reiteramos que debió realizarse un TAC en la asistencia del 29 de julio, se habría detectado la lesión en retina y la intervención quirúrgica se habría realizado inmediatamente”.*

Del mismo modo, el informe de valoración del daño corporal aportado al procedimiento por la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud señala que se realizó el TAC con retraso, *“casi 72 h después, lo que condicionó una cirugía más tardía y un peor pronóstico visual, que de por sí ya era malo”.*

Establecida, por tanto, la indicación de la prueba de imagen omitida y que, de haberse realizado aquella, podría haberse detectado la existencia de la lesión en el polo posterior del ojo y el desprendimiento de retina el mismo día 29 de julio de 2016, y haberse procedido a su reparación quirúrgica inmediata, procede a continuación determinar si esa actuación urgente habría evitado la pérdida de visión del ojo izquierdo y, en último extremo, la enucleación del mismo.

Señala a tal efecto la Inspección Médica que, *“como secuelas, el paciente ha precisado la realización de evisceración del ojo izquierdo el 15 de abril de 2019 con la consiguiente pérdida de visión binocular y presencia de visión monocular”*, lo que relaciona causalmente el resultado de pérdida del órgano en sí mismo considerado, y no únicamente de la función visual, con el proceso clínico. Pero no efectúa la Inspección un análisis de las probabilidades de salvar el ojo con una intervención precoz, considerando la importancia, extensión y gravedad de las severas lesiones perforantes que presentaba el paciente (herida escleral de VII a XI horas, en la parte anterior del globo ocular, es decir, una herida que abarcaba cuatro de las doce partes -horas- en que se divide la circunferencia del globo ocular; y una herida escleral posterior también muy extensa de VIII a XII horas, en la parte posterior del globo ocular), coherentes con la elevada energía del impacto sobre el ojo que es esperable del mecanismo del accidente que las provocó (*“accidente traumático ocular con la punta de un embellecedor al caer desde una escalera”*, según consta en el informe de alta de hospitalización) y que, incluso, llegó a provocar daños óseos en la órbita del ojo izquierdo. Además, presentaba desprendimiento de coroides y de retina, lo que empeora de forma importante el pronóstico visual del paciente.

Dicho análisis probabilístico sí se realiza en el informe médico de valoración del daño personal que aporta al procedimiento la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud. En él se parte de una escala estandarizada que estima el pronóstico visual a los seis meses de un traumatismo ocular (escala OTS). Según el informe, *“la escala ubica al ojo lesionado en una de 5 categorías, sobre la base de las siguientes variables: agudeza visual inicial, rotura ocular, endoftalmitis, perforación ocular, desprendimiento de retina y defecto pupilar aferente. La estimación del OTS es consistente con los resultados de estudios longitudinales; la probabilidad de alcanzar una agudeza visual > 20/40 después del tratamiento es < 50% para los ojos en las categorías 1 a 3. En estudios realizados en nuestro medio, el OTS ha tenido una adecuada correlación con el desenlace visual.*

Las puntuaciones de la OTS varían de 1 (lesión más grave y peor pronóstico a los 6 meses de seguimiento) a 5 (lesión menos grave y pronóstico menos malo a los 6 meses). Cada puntuación está asociada con una variedad de agudezas visuales previstas después de la lesión. Tiene una precisión predictiva de aproximadamente el 80%...”.

En la valoración del supuesto sometido a consulta, el indicado informe médico contiene la siguiente afirmación: *“Según la escala estandarizada Ocular Trauma Score (OTS), que estima el pronóstico visual a los 6 meses del traumatismo, el paciente se encontraba entre las categorías 1 y 3, lo que implica un mal pronóstico visual independientemente del tratamiento recibido. En estas categorías, la agudeza visual a los 6 meses será muy deficiente en más del 50% de los pacientes”*, de ahí que considere que la indemnización a satisfacer al interesado debería aplicar un factor corrector negativo de un 50% en concepto de pérdida de oportunidad.

QUINTA.- La teoría de la pérdida de oportunidad.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede Valladolid, número 152/2024, de 13 de febrero, la teoría de la pérdida de la oportunidad es de creación jurisprudencial y no se presenta con unos perfiles nítidos.

Como señalamos, entre otros, en nuestro Dictamen 168/2023, cabe recordar que la doctrina de la pérdida de oportunidad es una construcción jurisprudencial que permite una respuesta indemnizatoria de la Administración en supuestos en los que aunque no se ha acreditado una actuación contraria a normopraxis, sí está presente un daño antijurídico que resulta de la asistencia sanitaria. También, cuando se produce un daño cuyo alcance no es enteramente imputable a la atención facultativa, pero existe una probabilidad de que, con el empleo de una mayor diligencia, se hubiera podido alcanzar otro diagnóstico o aplicar medidas terapéuticas diferentes, que habrían evitado el daño o, al menos, reducido su alcance y gravedad.

Así, la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 3 de diciembre de 2012 (recurso de casación para unificación de la doctrina núm. 815/2012) expresa en este sentido:

“Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de 27 de septiembre de 2011, recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad recordando otras anteriores:

Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009,8082), recurso de casación 1593/2008:

“La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 (...), como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993) configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio público. Sin embargo, en todos estos casos el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio público otros parámetros de actuación (...).”

En el mismo sentido, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 3 de octubre de 2014, y la núm. 462/2018, de 20 de marzo, que explica cómo la razón de la acogida de esta doctrina por parte de la jurisprudencia radica en que se mueve en distinto plano al de la *lex artis* y que se sitúa en el terreno de la incertidumbre. En palabras de esta última sentencia, recordando la doctrina establecida en la del mismo Tribunal y Sala de 21 de diciembre de 2012, la doctrina de la pérdida de oportunidad *“existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma”. En este sentido cumple señalar que se trata de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad (“un régimen especial de imputación probabilística”, atendiendo a lo establecido por la Sala Primera de este Tribunal: Sentencia de 16 de enero de 2012)”*.

La Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en su Memoria correspondiente al año 2012, apunta que *“la doctrina de la pérdida de la oportunidad se presenta como un instrumento de facilitación probatoria que, aplicado con cautela y rigor, puede hacer nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración en aquellos casos en que es muy difícil probar en términos absolutos la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado dañoso, pero existe alguna probabilidad razonable de que el daño se habría podido evitar o de que el resultado habría sido diferente si la Administración hubiera actuado con una conducta más diligente”*. Se convierte, en definitiva, esta teoría en un mecanismo corrector del rigor probatorio que se exige en el ámbito de la responsabilidad patrimonial para la apreciación del nexo causal entre la asistencia sanitaria contraria a la *lex artis* y el daño.

Como recuerda la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 169/2018, de 6 de febrero, puede producirse una declaración de responsabilidad patrimonial sanitaria no sólo cuando se haya omitido la *“lex artis ad hoc”* que requería la asistencia sanitaria prestada a un ciudadano, que es el parámetro ordinario para determinar la antijuridicidad en este ámbito, sino también en aquellos supuestos en los que aunque no se haya acreditado que el tratamiento médico pautado al paciente fuera contrario a los cánones aceptados en cada momento por la ciencia médica, existe el convencimiento de que si se hubiera aplicado un tratamiento diferente o con criterios diferentes a aquél y que tampoco sería ajeno a los dictados de la ciencia médica, el resultado final sobre la salud o

la vida del enfermo habría sido otro más beneficioso.

Explica el Alto Tribunal en esta sentencia su doctrina en los siguientes términos:

"Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, la teoría de la pérdida de oportunidad debe vincularse, dentro de la estructura general de la institución de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en [con] el nexo causal, de tal forma que cuando se haya acreditado que el resultado lesivo tiene como causa directa e inmediata la asistencia sanitaria, que es contraria a la "lex artis", se debe proceder a la indemnización de la lesión; en el extremo opuesto, cuando la asistencia sea correcta, el daño producido no es antijurídico y debe soportarlo el ciudadano.

Los supuestos de pérdida de oportunidad constituyen un supuesto intermedio porque se ocasiona cuando, producido el daño, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico diferente al que fue correcto, podría haberlo evitado. No se olvide que el diagnóstico, según la misma jurisprudencia tiene declarado, no es sino un dictamen, una opinión sobre una situación presente a la que se anuda un tratamiento conforme al criterio de quien lo emite, pero que nunca garantiza un resultado. Y en esa situación de presente ha de moverse quien lo emite atendiendo a la realidad que se le presenta, en especial a los síntomas que se manifiestan en el paciente y sus propios conocimientos. Ahora bien, nada impide que una vez transcurrido el proceso del tratamiento aconsejado conforme a aquel diagnóstico, sea admisible poder concluir en que a la vista de aquellos síntomas podría haberse dado otro dictamen y tratamiento que, probablemente te habría evitado el daño o la habría podido disminuir".

Así, este Consejo Jurídico ha estimado la existencia de una pérdida de oportunidad en supuestos en los que, si bien no pudo acreditarse que las decisiones terapéuticas fueron manifiestamente contrarias a la *lex artis*, lo cierto es que podrían haberse adoptado otras más acordes con la misma y que habrían mejorado el pronóstico de la enfermedad en términos de supervivencia o de calidad de vida (así, en los Dictámenes 356/2017 y 1/2022, entre otros).

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, número 462/2018, de 20 de marzo, intenta precisar el alcance de la doctrina: *"Tales resoluciones afirman ciertamente, como observa el recurso, que la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye "una figura alternativa a la quiebra de la lex artis"; pero, se añade inmediatamente después, "que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio".*

Es preciso, consiguientemente, reproducir la frase completa para que ésta adquiera todo su sentido, porque lo que se quiere así dar a entender, y no más, es que la pérdida de oportunidad puede hacerse valer más allá de la infracción de la "lex artis" (en los casos en que tal quiebra no se ha producido) -siempre, según se añade, en presencia de un daño antijurídico, consecuencia del funcionamiento del servicio-.

En el sentido expuesto, su aplicación rebasa el ámbito en que ordinariamente despliega su eficacia la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el concreto sector que nos ocupa de la asistencia sanitaria pública, en tanto que la infracción de la "lex artis" (responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración) constituye el criterio rector determinante de su procedencia en la mayor parte de las ocasiones.

(...)

En cualquier caso, y volviendo sobre el asunto de la pérdida de la oportunidad que es el que ha de centrar nuestra atención, lo que quiere significarse con la doctrina establecida en nuestras resoluciones que se traen a colación por la parte recurrente es, como antes dijimos, que su invocación puede formularse incluso sin quiebra de la "lex artis", no más".

Y añade el Fundamento de Derecho Noveno: *"Y no puede ser ello de otro modo, porque la razón de la acogida por parte de la jurisprudencia de esta doctrina se mueve en distinto plano que el de la "lex artis". Concretamente, se sitúa en el terreno de la incertidumbre, como, entre tantas otras, resaltan las resoluciones que precisamente cita la sentencia recurrida, nuestras Sentencias de 19 de octubre de 2011, (RC 5893/2006), y 22 de mayo de 2012, (RC 2755/2010): "la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la*

consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”.

En definitiva, como afirma la Sentencia de 21 de diciembre de 2012 (rec. de casación 4229/2011), la doctrina de la pérdida de oportunidad *“existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma”.* En este sentido cumple señalar que se trata de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad (*“un régimen especial de imputación probabilística”*, atendiendo a lo establecido por la Sala Primera de este Tribunal: *Sentencia de 16 de enero de 2012”*).

En el supuesto sometido a consulta, y como ya ha quedado expuesto *supra*, se produjo un diagnóstico inicial incompleto de las lesiones oculares que presentaba el paciente, pues no se detectó la herida escleral del polo posterior del ojo, lo que determinó un retraso de unas 72 horas en el tratamiento de aquélla, con el consiguiente empeoramiento del pronóstico visual del paciente. No es posible saber con certeza si el tratamiento precoz de la lesión de la zona posterior del ojo habría permitido al paciente conservar la función visual del órgano o el grado de agudeza visual que podría haber mantenido, en su caso, ni tampoco si habría llegado a evitarse la enucleación del referido órgano. Pero lo cierto es que, de haberse adoptado la medida más aconsejable según la ciencia médica, es decir, la realización de la prueba radiológica cuando estaba indicada por las circunstancias del paciente, el pronóstico podría haber sido más favorable, por lo que, al retrasarse el diagnóstico y tratamiento de la lesión se generó al interesado un daño, que no es la pérdida del ojo del paciente, pues éste no puede imputarse a la falta de realización del TAC, sino al accidente sufrido.

El daño consiste en la pérdida de posibilidades de curación, y este perjuicio ya sí aparece conectado causalmente con la actuación facultativa. Es evidente, por otra parte, que el paciente no venía obligado a soportarlo, toda vez que la atención sanitaria que cabe esperar de la Administración es aquella que aplica todos los medios disponibles en beneficio del enfermo, lo que aquí no se habría llevado a cabo al omitir la realización de una prueba diagnóstica que estaba indicada ante la situación clínica del paciente.

En un supuesto que guarda evidentes similitudes con el que ahora es objeto de Dictamen, retraso diagnóstico de una lesión escleral que pasa inicialmente desapercibida y que determina una pérdida de visión en un ojo, la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en su sentencia núm. 163/2017, de 12 mayo, aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad para reducir en un 50% la indemnización que procedería otorgar por la ceguera, pues lo que se indemniza no es la pérdida de visión, sino de las posibilidades de curación.

Corolario de lo expuesto es que confluyen en el supuesto sometido a consulta todos los elementos determinantes del nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

SEXTA.- Sobre el *quantum* indemnizatorio.

Acerca de la negativa de la Inspección Médica a valorar el perjuicio, procede remitirnos al Dictamen número 86/2024, en el que se hicieron diversas consideraciones acordes al ordenamiento.

I. Admitida la efectividad de la lesión y establecida su conexión causal con el funcionamiento del servicio público sanitario, procede analizar la valoración del daño producido y la cuantía y el modo de la indemnización. Y se deben apuntar, para ello, las dos consideraciones iniciales siguientes:

La primera es que resulta de aplicación en este supuesto el sistema de valoración que se contempla en el articulado y en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (TRLRCS). Por lo que se refiere concretamente al Anexo, hay que indicar que fue sustituido por el que se contiene en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, tantas veces citada, que modificó dicha Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

La segunda, es que, puesto que la pérdida del ojo se produjo en 2019, procede aplicar la actualización de las indemnizaciones previstas en ese sistema de acuerdo con lo que se determina en la Resolución de 20 de marzo de 2019, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en

accidentes de circulación. No obstante, en la medida en que las dos valoraciones contrapuestas en el expediente han tomado como referencia las cuantías correspondientes al año 2016 (fecha de la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño), así lo hace también este Consejo Jurídico en su cómputo, sin perjuicio de señalar que en el momento del abono de la indemnización, habrá de procederse a su actualización conforme a lo establecido en el artículo 34.3 LRJSP, lo que determinará que el resultado indemnizatorio final sea equiva lente, con independencia de las tablas anuales (la del 2016 o la del 2019) que se utilicen para la determinación del daño reclamado.

II. Como ya se ha adelantado en las consideraciones anteriores, se debe partir de la idea de que la teoría de la pérdida de la oportunidad (o de la posibilidad) de obtener una ventaja (en este caso, la mejora del pronóstico visual y el incremento de posibilidades de conservar el ojo) determina que la indemnización deba ser proporcional a las expectativas de éxito que representaba la oportunidad que se desaprovechó.

Como señalamos en nuestro Dictamen 321/2012, entre otros, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades se traduce en que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidad, como sostiene la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de octubre de 2003: *“Por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es, solamente, la pérdida de la oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la lex artis se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud de la paciente ahora recurrente; el hecho de que se valore, exclusivamente, esta circunstancia obliga a que el importe de la indemnización deba acomodarse a esta circunstancia y que se modere proporcionalmente con el fin de que la cantidad en la que se fije la indemnización valore en exclusiva este concepto indemnizatorio”*, también como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de abril de 2002: *“pérdida de oportunidades o expectativas de curación lo que significa que no es pertinente condenar a la Administración sanitaria como si el daño íntegro fuera atribuible a la misma, sino en una proporción resultante de una valoración aproximativa de las probabilidades de éxito que se hubiesen derivado del tratamiento correspondiente a un diagnóstico adecuado”*.

Asimismo, en nuestros dictámenes (por todos, el 71/2006 y el ya citado 168/2023) se advierte de que la valoración de la pérdida de oportunidades, necesariamente compleja, ha de basarse en criterios orientativos y equitativos.

1. Indemnización por secuelas.

No existe controversia en el procedimiento en relación con la consideración como secuela de la enucleación del ojo izquierdo del paciente; con su incardinación entre las establecidas en el sistema para la valoración del daño personal incorporado al TRLRCS; con su valoración en 30 puntos de perjuicio psicofísico como perjuicio básico y con la consideración de conceptos adicionales como el perjuicio particular por pérdida de calidad de vida y el lucro cesante, así como con las cantidades que en aplicación del baremo de referencia correspondería a tales conceptos. Tanto el informe médico de valoración del daño corporal aportado al procedimiento por la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud, como la valoración que realiza el propio lesionado, alcanzan idénticos resultados en estos conceptos y cantidades, conforme al siguiente detalle:

- Perjuicio básico: 44.330,18 euros, correspondientes a un perjuicio psicofísico de 30 puntos (Tabla 2.A, apartado 02001) en un lesionado de 48 años (Tabla 2.A.2 del baremo de referencia).

- Perjuicio particular: 15.000 euros, en concepto de perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas, en grado leve (Tabla 2.B del baremo)

- Perjuicio patrimonial por lucro cesante: 5.146 euros (Tabla 2.C del baremo).

Total por secuelas: 64.476,18 euros.

2. Indemnización por lesiones temporales.

Si bien no existe discrepancia entre el interesado y el perito valorador de la correduría de seguros acerca de la duración del período lesional (990 días, de los cuales 1 fue de hospitalización), sí existe divergencia en la calificación del grado de perjuicio correspondiente a dichos días, pues si para el actor los primeros 989 días tendrían la consideración de un perjuicio personal particular moderado, para el informe de la correduría tales jornadas serían consideradas como de perjuicio personal básico.

Sostiene el reclamante que durante todo ese tiempo estuvo en situación de incapacidad permanente total como consecuencia de presentar “ojo doloroso” y la impotencia funcional que le generaba dicha dolencia. Señala, asimismo, que de conformidad con el sistema de valoración del daño utilizado como referencia, la incapacidad permanente total que tenía reconocida equivale como mínimo a perjuicio moderado.

Por su parte, la perito de la correduría considera “989 días de perjuicio básico por ojo doloroso hasta que le fue realizada la enucleación, teniendo en cuenta que no requería analgésicos todos los días según se desprende de la historia clínica”.

De conformidad con los artículos 134 y siguientes del texto refundido que establece el sistema de valoración que aquí se utiliza como referencia, son lesiones temporales las que sufre el lesionado desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela (art. 134.1), y se clasifican en dos categorías. De una parte, el perjuicio personal básico por lesión temporal, que es el perjuicio común que se padece desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela (art. 136.1); de otra, el perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida, que compensa el perjuicio moral particular que sufre la víctima por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal (art. 137) y que puede ser muy grave, grave o moderado, en atención al grado de afectación a dichos ámbitos. De entre ellos, y por lo que concierne al supuesto sometido a consulta, el perjuicio moderado es aquél en el que el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal (138.4), precisando el artículo 138.5 que el impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad laboral o profesional se reconduce a uno de los tres grados (muy grave, grave o moderado) de pérdida temporal de calidad de vida.

En el supuesto sometido a consulta, consta que el interesado, estuvo en incapacidad temporal. Si bien no se han aportado los correspondientes partes de baja y alta laboral, constan dos anotaciones en su historia clínica de Atención Primaria en las que retira la baja laboral, los días 16 de agosto y 16 de septiembre de 2016. Cabe presumir que, antes de esas fechas y desde el día del accidente (29 de julio de 2016), el interesado no trabajaría debido a las consecuencias del accidente y al tiempo de recuperación necesario. Podemos concluir, entonces, que estuvo limitado de forma temporal para la realización de su trabajo desde el 29 de julio de 2016. Ante la falta de acreditación del alta y la inexistencia en la historia clínica de Atención Primaria de más anotaciones relativas a la incapacidad temporal, y dado que según consta en la copia de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Murcia, 36/2021, de 8 de febrero, el hoy actor fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Total con fecha 23 de julio de 2018, cabe presumir que durante el período comprendido entre el día del accidente y el 23 de julio de 2018, el interesado estuvo incapacitado para la realización de su trabajo, dado que según el artículo 193.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, “la incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal”.

De modo que, tras expirar el período máximo de incapacidad temporal más las prórrogas máximas establecidas, hasta un máximo de 24 (12+6+6) meses en cómputo total, “se le reconoció la IPT al estar pendiente de cirugía del mismo [ojo izquierdo] y la situación de impotencia funcional derivada del dolor por la perforación en el mismo. El resultado de la prueba determina que al final se enucleó el ojo y, por ello se produjo la pérdida total del mismo, pero a la vez desapareció la clínica de dolor”. Que, con posterioridad (el 7 de mayo de 2019), se revisara por la Seguridad Social el grado de incapacidad permanente y se rebajara a parcial para la profesión habitual y que dicho grado de incapacidad revisado fuera sancionado por la resolución judicial aludida, no tiene relevancia a los efectos que aquí importan, pues dicha revisión se produjo con posterioridad al 15 de abril de 2019, fecha en la que se enucleó el ojo y se determinaron las secuelas, y dicha revisión se fundamentó, precisamente, en el cambio que dicha intervención tuvo en la situación del paciente, pues desapareció el dolor y la impotencia funcional asociada al mismo.

Entiende el Consejo Jurídico que el reconocimiento por el INSS de la incapacidad permanente total, que está prevista para aquellos supuestos en los que el trabajador está inhabilitado para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, es encuadrable en el supuesto previsto en el artículo 138, apartados 4 y 5, TRLRCS, en cuya virtud, se considera perjuicio moderado por pérdida de calidad de vida derivada de las lesiones temporales, aquél en el que el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal (artículo 138.4), siendo así que el actor sufrió un impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad

laboral que desarrollaba (artículo 138.5), como consecuencia de la impotencia funcional que le generaba el dolor en el ojo lesionado, que puede reconducirse al grado inferior (moderado) de los tres previstos por pérdida temporal de calidad de vida.

De modo que, a efectos del cómputo de las lesiones temporales, habrían de considerarse los siguientes períodos:

- El 29 de julio de 2016. Un día de perjuicio grave correspondiente a la hospitalización, a razón de una cuota diaria de 75 euros: 75 euros.
- Del 30 de julio de 2016 al 14 de abril de 2019, 986 días de perjuicio moderado, atendida la situación de incapacidad temporal del actor para la realización de su trabajo y, posteriormente, el reconocimiento de la incapacidad permanente total para el desarrollo de su actividad laboral, a razón de una cuota diaria de 52 euros: 51.272 euros.

Total por lesiones temporales: 51.347 euros.

3. La suma total de las indemnizaciones por secuelas y lesiones temporales arrojan un resultado de 115.823,18 euros.

A esta cantidad debe aplicarse el coeficiente reductor del 50% correspondiente a la consideración de que lo que se indemniza no es el daño psicofísico padecido en su integridad, sino la pérdida de oportunidades de curación, conforme a lo indicado en la Consideración quinta de este Dictamen.

En consecuencia, la cuantía de la indemnización a satisfacer al reclamante asciende a 57.911,59 euros, que habrá de ser actualizada conforme a lo establecido en el artículo 34.3 LRJSP.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina en sentido favorable la propuesta de resolución parcialmente estimatoria de la reclamación, pues coincide el Consejo Jurídico con aquélla en que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

SEGUNDA.- Se dictamina en sentido desfavorable la cuantía propuesta como indemnización por la instrucción, al entender este Órgano Consultivo que su cálculo debe realizarse conforme se indica en la Consideración sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.