

Expediente Núm. 87/2018
Dictamen Núm. 172/2018

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de julio de 2018, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 6 de abril de 2018 -registrada de entrada el día 11 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados de la falta de atención inmediata por parte del servicio público sanitario de un desgarro retiniano.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 21 de agosto de 2017, el perjudicado presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Consejería de Sanidad- por los daños sufridos a causa de la atención recibida en el Servicio de Urgencias de un hospital público.

Refiere que el día 5 de enero de 2017 acude, "derivado" por el médico de Atención Primaria, al Servicio de Urgencias del Hospital para ser asistido "por descenso de agudeza visual". Allí refiere estar "empadronado en, solo de paso", y es diagnosticado tras las pertinentes exploraciones de "desgarro de retina OD", indicándosele que "acudirá con este informe al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia lo antes posible para valoración por Sección de Retina Quirúrgica".

Manifiesta que "al día siguiente, 06-01-2017, acude al Hospital de Terrassa, donde se le diagnostica "desprendimiento de retina", y afirma que en el informe del citado hospital se anota que se trata de un "paciente que acude el día de ayer al Hospital por visión de miodesopsias en OD donde se observa un desgarro en retina OD y se deriva para hoy a hospital de referencia para realización de panfotocoagulación láser./ Plan: se explica cuadro. Reposo absoluto con ojos cerrados a 45º o sobre el lado derecho. Acudir el lunes a hospital de referencia (.....)".

Señala que "permaneció de baja laboral desde el 9 de enero de 2017 hasta el 18-04-2017. Añadiendo como días de gravedad desde el (...) 1 de enero -visto en (Hospital)- hasta su intervención 09-01-2017, considerando 4 días muy graves, 3 días graves, 65 moderados y una intervención quirúrgica, más un lucro cesante de (7.627,48) 1.525,49 resulta un total de 9.152,97 euros.

Respecto a la relación de causalidad, considera que "de haberse producido una intervención inmediata" en el Hospital "no se hubiese agravado la lesión -desgarro- y por tanto el periodo de curación y la pérdida económica hubiese sido mucho menor".

2. Con fecha 6 de septiembre de 2017, el Inspector de Prestaciones y Centros Sanitarios designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV una copia de la historia clínica del reclamante, así como un informe del servicio interviniente (Oftalmología) sobre el concreto contenido de la reclamación.

3. Mediante oficio de 7 de septiembre de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

Practicados dos intentos fallidos de notificación en la dirección postal indicada en la reclamación, con fecha 5 de diciembre de 2017 se publica el correspondiente anuncio en el *Boletín Oficial del Estado*.

4. El día 19 de septiembre de 2017, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe librado por el Servicio de Oftalmología del Hospital en relación a la reclamación presentada, junto con "los dos únicos informes médicos que figuran en su historia clínica, puesto que se trata de una persona que en el momento del hecho causante estaba de paso en nuestra Comunidad Autónoma, aunque el más reciente de fecha 9 de julio de 2017 no esté relacionado con la reclamación presentada".

En el informe del Servicio de Oftalmología, que suscriben el Jefe del Servicio y el Jefe de la Sección de Retina con fecha 18 de septiembre de 2017, consta que el paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital "el 5 de enero de 2017 por presentar fopsias y miodesopsias en su ojo derecho./ En la exploración oftalmológica se le aprecia desprendimiento de vítreo posterior y desgarro retiniano a IX horas con fluido subretiniano en su ojo derecho./ Ante la situación que presenta (...) de rotura retiniana sintomática aguda, se le ofrece la posibilidad de ser tratado de forma preferente por la Unidad de Retina" del Hospital "o bien de acudir con el informe emitido al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia para ser valorado por la Unidad de Retina. El paciente decide desplazarse a su lugar de residencia y acudir al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia./ Ateniéndonos a las recomendaciones de las Guías de Práctica Clínica de la Sociedad Española de Retina y Vítreo, el tratamiento de las roturas retinianas sintomáticas agudas ha

de realizarse de forma preferente, no urgente, por lo que consideramos que la actuación llevada a cabo (...) cuando acudió al Servicio de Urgencias” del Hospital “el 5 de enero de 2017 fue la correcta”.

En el informe relativo a la asistencia prestada, librado por el Servicio de Urgencias del Hospital el día 5 de enero de 2017, consta que al paciente, que está “empadronado en, solo de paso (se va mañana)”, se le diagnostica después de las exploraciones pertinentes “desgarro de retina OD./ Opacificación de cápsula posterior OD”, y se le recomienda acudir “con este informe al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia lo antes posible para valoración por Sección de Retina Quirúrgica”.

5. Con fecha 2 de enero de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas dispone la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, procediéndose a la notificación de este acuerdo mediante la inserción del correspondiente anuncio en el *Boletín Oficial del Estado* de 23 de febrero de 2018, tras fracasar el intento realizado en el domicilio señalado por el interesado.

6. El día 19 de marzo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en el sentido de “deestimar la reclamación”. Tras destacar que no se han formulado alegaciones en el trámite de audiencia, razona que “en el presente caso, ante la situación clínica del reclamante de rotura retiniana sintomática aguda, se le ofreció la posibilidad de ser tratado de forma preferente por la Unidad de Retina” del Hospital “o bien de acudir con el informe emitido al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia para ser valorado por la Unidad de Retina. El reclamante decidió desplazarse a su lugar de residencia y acudir al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia./ De acuerdo con las recomendaciones de las Guías de Práctica Clínica de la Sociedad Española de Retina y Vítreo, el tratamiento de las roturas retinianas sintomáticas agudas ha de realizarse de forma preferente, no urgente, por lo que la actuación llevada a

cabo cuando acudió al Servicio de Urgencias” del Hospital “el 5 de enero de 2017 fue la correcta”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de abril de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el perjudicado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 21 de agosto de 2017, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen, esto es, la asistencia sanitaria que se reprocha deficiente, el día 5 de enero de 2017, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, en cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que en la fecha de entrada del expediente en este Consejo se había rebasado ya el de seis meses establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la LPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “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”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de dicha Ley dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se solicita una indemnización por los daños derivados de la agravación del desgarro retiniano que el reclamante sufrió en su ojo derecho, el cual -según señala- habría evolucionado a desprendimiento a consecuencia de la no intervención inmediata sobre la lesión en el Hospital

Los daños que se reclaman son los derivados de la citada agravación, que identifica con una supuesta prolongación del periodo de curación y la consiguiente "pérdida económica". El interesado solicita el resarcimiento de los "días de gravedad desde el (...) 1 de enero -visto en (Hospital)- hasta su intervención 09-01-2017, considerando 4 días muy graves, 3 días graves, 65 moderados y una intervención quirúrgica", además del perjuicio correspondiente al "lucro cesante".

En lo que a la efectividad del daño se refiere, hemos de recordar que su realidad se constituye en presupuesto previo ineludible de toda valoración sobre la responsabilidad administrativa, y que ello exige no solo la mera alegación de tales daños o perjuicios sino también su acreditación objetiva por el reclamante, en forma tal que permita adquirir certeza racional sobre su existencia, sin apreciaciones subjetivas. En el caso que analizamos, aunque podríamos suponer razonablemente que la cirugía debió realizarse, pues dicho tratamiento era necesario a tenor de lo señalado en el informe del Servicio de Urgencias del Hospital que obra en el expediente, en el que se recomienda al paciente acudir a la Sección de "Retina Quirúrgica" de su hospital de referencia, lo cierto es que el perjudicado no aporta ninguna prueba de la realidad de los daños cuyo resarcimiento solicita. No se ha acreditado qué curso siguió el proceso asistencial realizado en su centro sanitario de referencia, cuántos días se prolongó el periodo de curación, ni cuántos de estos días corresponderían a la agravación de la lesión que constituye el fundamento de la reclamación. Tampoco ha probado la efectividad de la pérdida económica cuyo resarcimiento insta en concepto de "lucro cesante".

Esta circunstancia resulta suficiente para desestimar la reclamación presentada; ahora bien, aun si se diera por cierta la efectividad de los perjuicios alegados, su existencia no podría significar automáticamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, toda vez que es preciso examinar si en los hechos dañosos se dan las circunstancias que permitan reconocer al perjudicado su derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. Ha de analizarse, por tanto, si los perjuicios que se reclaman pueden atribuirse al funcionamiento del servicio público sanitario.

Como viene señalando este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el caso de que se trata el interesado se limita a imputar dialécticamente los perjuicios que dice haber sufrido a una supuesta agravación de su dolencia que -según sus meras afirmaciones- derivaría de no haber sido inmediatamente intervenido en el Hospital No aporta el reclamante prueba alguna de que la decisión asistencial por la que considera que debe ser indemnizado -la de recomendarle que acudiera al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia lo antes posible en lugar de someterle a una "intervención inmediata"- suponga una mala praxis médica. En tales circunstancias no puede concluirse que la actuación señalada sea constitutiva de mala praxis; máxime teniendo en cuenta que los informes médicos obrantes en el expediente, que son los únicos documentos de que disponemos para formar nuestro juicio, no permiten alcanzar ese parecer.

En efecto, como se expresa en el informe del Servicio responsable, la decisión adoptada respeta "las recomendaciones de las Guías de Práctica Clínica de la Sociedad Española de Retina y Vítreo", según las cuales "el tratamiento de las roturas retinianas sintomáticas agudas ha de realizarse de forma preferente, no urgente", por lo que no puede afirmarse que sea contraria a la *lex artis*. Pero, además, tal decisión clínica se adoptó en el caso de que se trata de forma consensuada con el propio paciente -que solo estaba de paso en Asturias y tenía la voluntad de irse al día siguiente, como se refleja en el informe del Servicio de Urgencias-, al que se ofreció "la posibilidad de ser tratado de forma preferente por la Unidad de Retina" del Hospital "o bien de acudir con el informe emitido al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia", según explican los autores del informe del Servicio de Oftalmología.

Por ello, teniendo en cuenta que los daños que se aducen no han sido probados y que tampoco consta que exista relación de causalidad entre el daño

alegado y la asistencia dispensada en el supuesto examinado, la reclamación que analizamos ha de ser desestimada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,