

Expediente Núm. 147/2019
Dictamen Núm. 12/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de enero de 2020, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 7 de junio de 2019 -registrada de entrada el día 13 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye a una reacción alérgica.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 9 de octubre de 2018, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

Expone que “el daño inferido (...) deviene de una omisión de los correctos cuidados de enfermería cuando, en la madrugada del día 4 de

septiembre de 2015, alrededor de la 1 a. m., sufre una reacción alérgica al fármaco Clindamicina, estando la paciente desatendida hasta las 9 a. m., hora en la que se le administra Metilprednisolona y se pone fin a dicha reacción”.

Afirma que como consecuencia de esta reacción “comienza a perder visión de su ojo izquierdo, visión que en la última revisión de Oftalmología en el Hospital de fecha 3 de octubre de los presentes se ha estabilizado y que, por tanto, puede (...) ser valorada”.

A la vista de ello invoca la doctrina del “daño desproporcionado”, puesto que se trata de una paciente “que ingresa por razón de una afección de garganta y que recibe el alta curada de dicha afección pero con pérdida de visión en su ojo izquierdo”.

También denuncia la omisión de cualquier referencia al “proceso alérgico” en su historia clínica.

Cuantifica el daño sufrido en treinta y ocho mil ochocientos noventa y seis euros con setenta céntimos (38.896,70 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 1.124 días de “perjuicio personal básico” por el tiempo transcurrido entre la fecha en la que se produce el daño y la última revisión, y 5 puntos de secuelas por “la pérdida de visión de su ojo izquierdo”. Para el cálculo manifiesta haberse servido de lo preceptuado en el 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.

2. El día 18 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía una copia de la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y le comunica que la perjudicada tenía otro expediente que ha finalizado por desistimiento al no cuantificar los daños.

3. Mediante oficio de 5 de noviembre de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada 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.

4. Obra incorporada al expediente una diligencia extendida por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas el 12 de noviembre de 2018 en la que se hace constar que, a instancia de la reclamante, se procede a incorporar al expediente la documentación obrante en el anterior. Concretamente, los documentos presentados por la perjudicada y los informes de los servicios médicos intervinientes, entre los que destacan los siguientes: a) Informe del Servicio de Otorrinolaringología, de 6 de julio de 2018, en el que se indica que la paciente era alérgica a los "betalactámicos", por lo que "se le puso el tratamiento habitual en estos casos". Sobre el asunto objeto de reclamación, manifiesta que "por más que he revisado la literatura ninguno de ellos es síntoma de alergia a Clindamicina", precisando que entre "los efectos indeseados" de este fármaco no consta el que padeció la reclamante. Concluye que "no tengo noticia de patología ocular producida por este antibiótico". b) Informe del Servicio de Oftalmología, de 23 de julio de 2018, en el que se afirma que "la queratitis por la que se está tratando actualmente se debe a un síndrome de ojo seco y no guarda relación con el proceso previo".

5. Previa petición formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, se adjunta al expediente un CD que contiene una copia de la historia clínica de la interesada obrante en el Hospital

6. Con fecha 28 de marzo de 2019, la reclamante presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que solicita información sobre la tramitación del procedimiento.

El 1 de abril de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica que se encuentra en fase de petición de informe a la compañía aseguradora.

7. El día 3 de abril de 2019, se recibe un correo electrónico de la correduría de seguros en el que se indica que, pese a haber solicitado en dos ocasiones a la compañía aseguradora de la Administración un informe médico-pericial, "no han contestado nada", por lo que procede continuar con la tramitación del procedimiento.

8. Mediante oficio notificado a la interesada el 15 de abril de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El 16 de abril de 2019, comparece esta en las dependencias administrativas para examinar el expediente y se le entrega un CD que contiene una copia de los documentos que lo integran.

9. El día 15 de mayo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas pone en conocimiento de la correduría de seguros que ha transcurrido el plazo establecido para presentar alegaciones sin que se hayan recibido.

10. Con fecha 22 de mayo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella, a la vista de lo informado por los Servicios de Otorrinolaringología y de Oftalmología, señala que "en la literatura médica no se encuentra ninguna evidencia de que esta patología pueda ser un síntoma de alergia a Clindamicina". Y reitera que "la queratitis por la que está siendo tratada actualmente se debe a un síndrome de ojo seco y no guarda relación con el proceso previo".

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de junio de 2019, 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 la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

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”.

La presentación de la reclamación el 9 de octubre de 2018, más de un año después de la fecha en la que se produce la asistencia sanitaria que la motiva -5 de septiembre de 2015-, no determina su extemporaneidad, toda vez que nos encontramos ante un supuesto de daños de carácter físico a las personas, por lo que debemos atender -en este caso- al momento de estabilización de las secuelas.

Al respecto, consta que la interesada sufre una reacción alérgica durante su ingreso hospitalario en septiembre de 2015, a resultas del cual “comienza a perder visión de su ojo izquierdo, visión que en la última revisión de Oftalmología en el Hospital de fecha 3 de octubre de los presentes (2018) se ha estabilizado y que, por tanto, puede (...) ser valorada”.

En efecto, en los informes médicos que figuran en el expediente se registra una reacción alérgica referida por la paciente el día 5 de septiembre de 2015, y una posterior pérdida de agudeza visual, estableciéndose el diagnóstico de “queratitis” de ojo izquierdo tras revisión por Oftalmología el 9 de septiembre de 2015. Desde ese momento hasta que se presenta la reclamación hay constancia de que se le practicaron diversas pruebas y de que fue sometida a tratamiento farmacológico (pomadas y colirios), experimentando una recuperación paulatina de la visión. Así pues, en la consulta de Oftalmología de 9 de septiembre de 2015 presentaba en el ojo izquierdo una agudeza visual de “SC 0.2 E 0.3”; mientras que en la última revisión de 3 de octubre de 2018 aumenta hasta “SC 0.8 E 1.0”.

Por tanto, estabilizado el daño objeto de reclamación en la fecha indicada -3 de octubre de 2018-, y presentada esta el día 9 de ese mismo mes, debemos concluir que ha sido 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, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, 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 referida Ley.

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 la ley citada 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 interesa una indemnización por los daños que la reclamante atribuye a una reacción alérgica.

Como se deduce de la documentación obrante en el expediente, durante su ingreso en un hospital público la interesada experimentó una supuesta reacción tras la administración de un antibiótico (Clindamicina) que le habría ocasionado una pérdida de agudeza visual parcial en el ojo izquierdo. Por tanto, la realidad del daño alegado queda acreditada con los informes médicos obrantes en el expediente, sin perjuicio de la valoración que proceda efectuar si se concluye que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes 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 sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, 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*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la 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 es criterio de este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 146/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). 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. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

En este sentido, y con carácter preliminar, debemos advertir ya en este momento que a pesar de que le incumbe la carga de la prueba la reclamante no desarrolla actividad probatoria alguna al respecto, por lo que este Consejo Consultivo ha de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente.

En el caso que nos ocupa la perjudicada sostiene que “sufrió una reacción alérgica al fármaco Clindamicina, estando desatendida hasta las 9 a. m., hora en la que se le administra Metilprednisolona y se pone fin a dicha reacción”, y afirma -sin soporte probatorio ni pericial alguno- que como consecuencia de esa reacción “comienza a perder visión de su ojo izquierdo”.

Con ocasión de la instrucción del procedimiento se ha sometido el caso al examen de los servicios sanitarios implicados en el proceso asistencial. El especialista del Servicio de Otorrinolaringología concluye, con cita de literatura médica, que ni la queratitis ni la neuritis óptica retrobulbar padecidas por la paciente son síntomas de alergia asociados a la Clindamicina. Añade que “efectos indeseados muy comunes del uso de este fármaco son la sensación de calor o quemazón cuando se usa la vía intravenosa, las molestias abdominales con diarrea e incluso en usos prolongados una colitis pseudomembranosa”. Sin embargo, señala no tener “noticia de patología ocular producida por este antibiótico”. Por su parte, el informe del Servicio de Oftalmología tampoco

considera que la administración de la Clindamicina haya podido causar una reacción alérgica que provocara una pérdida de visión en la paciente, precisando que “la queratitis por la que se está tratando actualmente se debe a un síndrome de ojo seco y no guarda relación con el proceso previo”.

Estas conclusiones deben ponerse en relación, por otra parte, con la historia clínica de la paciente, en la que si bien se consignan como antecedentes referencias a reacciones alérgicas a los betalactámicos no existe un diagnóstico concluyente que recoja la posible alergia a la Clindamicina, ni que relacione la pérdida de agudeza visual con la administración de este fármaco. Incluso parece que las referencias a la alergia a la Clindamicina que obran en la historia clínica resultan, en última instancia, un testimonio subjetivo de la propia paciente más que una certeza deducida de elementos objetivos.

En cualquier caso, las consideraciones técnico-médicas expuestas por los especialistas de Otorrinolaringología y de Oftalmología no han sido desvirtuadas por la reclamante, quien pese a haber accedido al contenido de sus informes con ocasión del trámite de audiencia ni siquiera presenta alegaciones argumentando de contrario, por lo que no puede estimarse acreditado el nexo causal entre el fármaco suministrado y el daño cuyo resarcimiento se impetra.

Desechada la reclamación por la quiebra de ese vínculo causal, se repara en que tampoco se acredita infracción alguna de la *lex artis* en el proceso asistencial. No ignoramos que en determinados casos esta exigencia en materia de prueba puede ser objeto de modulación cuando se invoca, como sucede en este caso, la doctrina del daño desproporcionado al objeto de desplazar la carga de la prueba; construcción jurisprudencial que analizamos, entre otros, en los Dictámenes Núm. 272/2013, 83/2019 y 144/2019. Ahora bien, no puede obviarse que esa doctrina -que permite alterar la carga de la prueba sobre el ajuste de la actuación médica a la *lex artis*- solo opera cuando se ha constatado la relación de causa a efecto entre la asistencia dispensada y el daño ocasionado, lo que aquí no acontece.

Finalmente, la interesada denuncia que su historia clínica omitía indebidamente la referencia al “proceso alérgico”. En este punto debemos recordar que 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, regula en su artículo 15 el contenido de la historia clínica, que debe incorporar “la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente”, reconociendo el derecho de los pacientes y usuarios “a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales”. En la misma línea cabe mencionar los artículos 6 y 7 del Decreto del Principado de Asturias 51/2019, de 21 de junio, por el que se regulan la Historia Clínica y otra Documentación Clínica. En el supuesto planteado figuran, entre la documentación remitida, las “observaciones de enfermería”, anotándose en ellas el 5 de septiembre de 2015, a las 07:25 h, que “al terminar la dosis de Clindamicina a las 24 h la paciente avisa que tiene una reacción de calor por todo el cuerpo. No prurito ni erupción cutánea. Se pone nerviosa al pensar que le haya podido hacer reacción. Comento que antes de poner próxima dosis se comentará con el médico”; y a las 09:41 h que “comentan una reacción alérgica al poner una dosis de Clindamicina. Ahora asintomática” (folios 44 y 45 de la historia Selene). También se recoge en varios informes del Servicio de Oftalmología posteriores a la asistencia que se cuestiona la reacción alérgica de la paciente a la Clindamicina (folios 10, 12, 14 y 19 de la historia Selene). Esto impide apreciar las omisiones denunciadas, objetivándose que en cuanto la enferma avisa de la reacción es atendida y se solicita valoración por el médico. Tampoco hay indicios de que se hayan orillado otros episodios relevantes, estimándose que los profesionales sanitarios atendieron adecuadamente a la sintomatología que presentaba la enferma.

En definitiva, la interesada no aporta ningún elemento probatorio que apoye sus imputaciones ni las mismas se pueden deducir de la documentación

clínica incorporada al expediente, sustentándose en sus meras afirmaciones, lo que no es suficiente para tenerlas por ciertas. Singularmente, los dos especialistas informantes descartan el nexo causal entre la administración de la Clindamicina y la pérdida de visión experimentada por la reclamante, lo que excluye la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado. Por ello la pretensión resarcitoria no puede ser acogida.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.