

Dictamen Núm. 125/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 2 de junio de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 8 de marzo de 2022 -registrada de entrada el día 16 de ese 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 intervención quirúrgica de cataratas.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 6 de mayo de 2021, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos tras una cirugía oftalmológica.

Expone que padecía “cataratas en ambos ojos”, siendo incluido en lista de espera para intervención quirúrgica el día “24-01-2019”. Tras indicar que estima “rebasado ampliamente el plazo legal estipulado” en el Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias,

Información sobre Listas de Espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias, alude a la realización de una operación (cuya fecha no especifica) a consecuencia de la cual padece miopía, que considera “producto de la lente implantada, ya fuese esta mal medida o mal fabricada, apuntando incluso la posibilidad de que le hayan implantado por equivocación la destinada a otro paciente”. Rechaza tanto la corrección “con gafas” como la quirúrgica, al no existir la posibilidad de practicar esta última en hospitales públicos, y pone de manifiesto que el estado “del ojo izquierdo” es “mucho peor”.

Solicita una indemnización ascendiente a doscientos setenta y siete mil setecientos setenta y tres euros con cuarenta y siete céntimos (277.773,47 €).

2. Mediante oficio de 4 de junio de 2021, una responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Oftalmología del Hospital En este último se indica que “el objetivo de implantar este tipo de lente intraocular es disminuir la dependencia de la gafa, sobre todo de cerca, no evitar su uso completamente”, y que en el caso examinado “la visión preoperatoria registrada antes de la cirugía era de 0,4 en ojo derecho y 0,1 en el izquierdo. Tras la misma, su visión pasó a ser de 0,9 en el ojo derecho con una graduación de -1,25 dioptrías de miopía y de 1,0 en ojo izquierdo sin graduación (en binocular la visión es también de 1,0)”.

3. Con fecha 28 de julio de 2021 dos especialistas, una de ellas en Oftalmología y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo, ambos peritos médicos, suscriben un informe pericial a instancia de la compañía aseguradora.

En él formulan diversas consideraciones sobre la patología que presentaba el paciente y su abordaje terapéutico, y concluyen tanto la adecuación de la indicación quirúrgica como la corrección del “resultado funcional” de la cirugía, que se estima “satisfactoria y sin complicaciones”,

calificando los “defectos de graduación residuales” después de una cirugía de cataratas como “frecuentes”, asociados a “diferentes factores” y contemplados en el consentimiento informado firmado por el paciente.

4. Mediante escrito notificado al interesado el 27 de octubre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 11 de noviembre de 2021, presenta este un escrito de alegaciones en el que se ratifica en “el relato fáctico y fundamentación” expuestos en su reclamación.

5. El día 18 de noviembre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas suscribe propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento. En ella concluye que “la asistencia fue correcta y adecuada a la *lex artis*”, señalando que “las secuelas que refiere el paciente no están documentadas. Los defectos de refracción residuales después de una cirugía de cataratas son frecuentes, no se puede garantizar que no aparezcan, dependen de diferentes factores y está contemplado en el consentimiento informado firmado por el paciente (...). El resultado funcional es correcto puesto que con graduación alcanza una visión del 90 % en ojo derecho y sin graduación de 100 % en ojo izquierdo. En visión binocular la visión es del 100 %”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de marzo de 2022, 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

....., de la Consejería de Salud, 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 interesado activamente legitimado 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.- 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 de los servicios afectados, 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.

CUARTA.- 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.

QUINTA.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de una cirugía de cataratas a la que se sometió el reclamante, en dos momentos distintos, en cada uno de sus ojos.

El primero de los requisitos que han de concurrir para que la reclamación prospere es, tal como se razona en la consideración anterior, el ejercicio de la acción en plazo. Al respecto, el artículo 67.1 de la 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 el día 6 de mayo de 2021 y, si bien en su escrito inicial el interesado no menciona la fecha

de la intervención -únicamente alude a “las revisiones de los días 31 de octubre y 7 de noviembre”-, al objeto de rechazar las conclusiones alcanzadas en la misma acerca del éxito de la operación debemos señalar que consta en la historia clínica que la primera cirugía, que afectó al ojo derecho, tuvo lugar el día 30 de octubre de 2019, mientras que la segunda, sobre el ojo izquierdo, se llevó a cabo el día 5 de febrero de 2020.

Tras esta última, el paciente fue dado de alta con fecha 12 de marzo de 2020, consignándose en el informe emitido ese mismo día por el Servicio de Oftalmología del Hospital que presenta “defecto residual miópico leve en OD”. Consta expresamente reflejado que causa “alta” de la “cirugía de catarata”, con indicación de seguimiento “en su oftalmólogo de cupo”, consignándose además que “solicita informe de alta del proceso” y que, pese a “que no es el procedimiento habitual (...), se le enviará por correo”.

Partiendo de los elementos fácticos expuestos, debe recordarse que este Consejo ha reiterado (por todos, Dictámenes Núm. 134/2020 y 218/2020) que el Tribunal Supremo viene distinguiendo “entre daños continuados, que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *dies a quo* será aquel en que ese conocimiento se alcance, y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance” (entre otras, Sentencias de 26 de febrero de 2013 -ECLI:ES:TS:2013:885-, 28 de noviembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:4351- y 11 de abril de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:1354-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secciones 4.^a y 5.^a). Esta tesis es también la que sigue el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, entre

otras, en la Sentencia de 17 de octubre de 2017 -ECLI:ES:TSJAS:2017:3290-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª.

Asimismo, este Consejo viene sosteniendo (entre otros, Dictámenes Núm. 320/2012 y 218/2020) que el *dies a quo* del cómputo del plazo no se inicia hasta que no quedan perfectamente determinadas las consideraciones, tanto fácticas como jurídicas, que posibilitan el ejercicio de la acción, debiendo tomarse en cuenta, con carácter general, la fecha del alta sanitaria o, en su caso, la del posterior tratamiento rehabilitador, salvo que ya conste previamente acreditada la irreversibilidad del daño o la secuela y aquel sea entonces meramente paliativo de los síntomas (por todos, Dictamen Núm. 215/2015). Además, también hemos indicado en ocasiones anteriores que para resolver la posible prescripción no podemos considerar aisladamente los aspectos técnico-médicos concurrentes, sino que debemos introducir un elemento subjetivo, el que se deriva del momento en el que la persona perjudicada es informada -y por ello adquiere plena conciencia- del alcance de la lesión que imputa al servicio público.

En el caso planteado no se aprecia que nos enfrentemos a un daño continuado o de secuelas imprevisibles; al contrario, del contenido del informe del Servicio de Oftalmología de 12 de marzo de 2020 se desprende sin atisbo de duda que en esa fecha el paciente adquiere plena conciencia de las eventuales secuelas poscirugía.

No puede obviarse que la determinación de las secuelas implica que los daños han alcanzado un estadio de evolución prácticamente definitivo, y a partir de ese momento la persona afectada tiene pleno conocimiento de las condiciones fácticas y jurídicas que pueden justificar una reclamación de responsabilidad patrimonial de conformidad con el principio de la *actio nata*, con lo que el plazo anual de prescripción empieza a correr, aunque siga recibiendo tratamiento de rehabilitación para procurar una mejora de su estado o seguimiento en el Servicio competente (como ocurre en este caso) para advertir la aparición de nuevas patologías. Al respecto, tal como se recoge

en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:3291- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), hemos de partir de que “el carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide conocer en un determinado momento de su evolución su alcance y secuelas definitivas o al menos de aquellas cuya concreta reparación se pretende”. En este contexto, no obsta a la consideración de un daño permanente que la Administración sanitaria continúe realizando actos asistenciales tendentes a paliar los efectos de la dolencia o de seguimiento del paciente. En suma, tal como se reseña en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:2135- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), los ulteriores tratamientos paliativos o de rehabilitación, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, a evitar eventuales complicaciones en la salud o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance. Por tanto, en el caso examinado este Consejo considera que la reclamación presentada el día 6 de mayo de 2021 es extemporánea, sin perjuicio de compartir igualmente el fondo desestimatorio de la propuesta de resolución.

Al respecto, observamos que la imputación del afectado se centra en las secuelas derivadas de la cirugía de cataratas a la que se sometió, pues afirma, en síntesis, que tras la misma presenta “miopía”, problema que no padecía con anterioridad. Sin embargo, no aporta ningún informe médico que avale su imputación, por lo que debemos atenernos a la documentación clínica obrante en el expediente y a los informes incorporados al mismo a instancia de la Administración, que el reclamante tampoco rebate con ocasión del trámite de audiencia. Por otra parte, conviene reseñar que la imprecisa alusión en el escrito inicial a un “incongruente retraso” en la realización de la cirugía no permite inferir ninguna relación de este con el perjuicio invocado, dada la ausencia de incidencia alguna en el planteamiento expuesto por el propio reclamante, que se limita a objetar la intervención respecto al resultado dañoso

que alega. En todo caso, consta que el paciente fue incluido en lista de espera quirúrgica el 18 de junio de 2019, y que la primera operación tuvo lugar el día 30 de octubre de ese año, mientras que para la segunda la inclusión en aquella se produjo el 7 de noviembre de 2019, practicándose la cirugía el día 5 de febrero de 2020, por lo que no cabe considerar que ha existido incumplimiento de los plazos establecidos en el Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, Información sobre Listas de Espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias.

En el asunto examinado, frente a las explicaciones técnicas y precisas que se recogen en los informes aportados por la Administración, el reclamante se limita a reprochar genéricamente la aparición de un defecto visual (miopía) inexistente con anterioridad a las cirugías, pero todo ello sin presentar pericia o elemento probatorio alguno que sustancie su reclamación. De hecho, tampoco refuta en el trámite de audiencia -como hemos advertido- las conclusiones de los facultativos informantes; proceder que nos lleva a recordar la necesidad, reiterada por la jurisprudencia, de que las alegaciones sobre negligencia médica se acrediten con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, atendiendo al propósito del proceso administrativo instado, que se orienta a resolver cuestiones eminentemente técnicas.

Frente a tal déficit probatorio, el informe emitido el 2 de junio de 2021 por una responsable del Servicio de Oftalmología del Hospital explica, en primer lugar, que “el objetivo de implantar este tipo de lente intraocular es disminuir la dependencia de la gafa, sobre todo de cerca, no evitar su uso completamente”, sin que “en ningún caso” se pueda “garantizar que no vaya a quedar ningún pequeño resto refractivo en el posoperatorio”. Aclara que la lente multifocal empleada se pidió “expresamente” para el paciente “a la casa comercial”.

En el documento de consentimiento informado suscrito por el interesado antes de la primera cirugía se recoge, además, entre los riesgos típicos de la

misma, la aparición de “defectos de refracción”, explicitando que “la agudeza visual final, si no surgen complicaciones, dependerá del estado de las restantes estructuras oculares, fundamentalmente la retina”, pues “la catarata dificulta la exploración del fondo de ojo y puede impedir el diagnóstico preoperatorio de enfermedades que impiden recuperar la visión”. Adicionalmente, consta en la historia clínica que se proporcionó al paciente información puntual sobre los posibles riesgos del procedimiento a realizar. Así, en la consulta de 7 de noviembre de 2019 -en la que se constataba, en relación con el ojo derecho, que el paciente estaba “muy descontento con el resultado de la cirugía porque ve mal de lejos”, pese a que se consignaba un “buen resultado” de la misma- figura expresamente que “en ningún caso se puede garantizar la ausencia de refracción residual tras la intervención”. Y en la consulta llevada a cabo el día 20 de diciembre de 2019, antes de la segunda intervención, se le explicó la posible “sorpresa refractiva en OI, dado el tipo de catarata y artefacto en los datos biométricos en este tipo de cataratas”.

También debe tenerse en cuenta que, como destacan los especialistas que informan a instancia de la compañía aseguradora, “tras la cirugía mejoró la visión de ambos ojos”, considerándose “el resultado funcional” como correcto, “puesto que con graduación alcanza una visión del 90 % en ojo derecho y sin graduación de 100 % en ojo izquierdo”, habiéndose eliminado la necesidad preexistente “de gafas para cerca”. Al respecto conviene resaltar, tal y como subrayan, que la finalidad de la cirugía de cataratas “no es la eliminación de la gafa sino la eliminación de la catarata y la mejoría de la visión que, de otra forma, no es posible”. Todo ello, sin perjuicio de que el defecto residual -que, como hemos advertido, constituye la materialización de un riesgo típico descrito en el documento de consentimiento informado suscrito por el paciente- se califique como “leve” y sea susceptible de corrección con gafas o con cirugía disponible en el ámbito de la sanidad privada.

En definitiva, este Consejo estima que en el presente supuesto la reclamación es extemporánea y que, además, del análisis del expediente en su

conjunto no se ha acreditado infracción alguna de la *lex artis ad hoc* en el proceso asistencial.

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.