Dictamen nº: **408/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **17.10.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 17 de octubre de 2019, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. ....., por los gastos sufragados a la sanidad privada donde fue operada de cataratas y se le apreció un glaucoma en ambos ojos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de febrero de 2017, la persona citada en el encabezamiento, presenta en el registro de la Consejería de Sanidad una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que expone que, desde el año 2012 estaba siendo tratada de cataratas en Oftalmología del Centro de Especialidades José Marvá, sin que los facultativos consideraran importante su dolencia.

Expresa, que ante sus continuas quejas, pérdida de visión e imposibilidad de realizar una biometría en el Centro de Especialidades José Marvá, el 12 de noviembre de 2015 fue derivada y citada para

cataratas en el Hospital Universitario la Paz, el día 28 de abril de 2016.

Manifiesta, que intentó adelantar la cita sin conseguirlo y dada su avanzada edad (82 años) y circunstancias familiares tuvo que acudir a la sanidad privada el 15 de abril de 2016 donde además de las cataratas se le apreció "*defecto glaucomatoso grave en ambos ojos"* y donde fue operada de glaucoma y cataratas en el ojo derecho el día 29 de abril de 2016, y de cataratas en el ojo izquierdo el 23 de junio de 2016, ingresando posteriormente en un centro privado para su convalecencia y recuperación junto a su hija dependiente.

Según la reclamante, durante su estancia en este último centro privado de recuperación tuvo que acudir el 3 de junio de 2016 a Urgencias del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla aquejada de fibrilación auricular de comienzo incierto iniciando desde entonces tratamiento con Sintrom, sin que en el Servicio de Cardiología del Centro de Especialidades José Marvá, al que acudió en varias ocasiones, le detectaran dicha dolencia.

Solicita una indemnización total de 89.034,37 euros por los siguientes conceptos: 60.000 euros por *"perjuicio físico, emocional, psíquico y secuelas"* y 29.034,37 euros, por los gastos médicos sufragados a la clínica privada por la cirugía de glaucoma y cataratas, por la estancia de ella y su hija en la unidad de enfermería de un centro privado los meses de abril, mayo, junio y julio de 2016, y gastos diversos.

Acompaña al escrito de reclamación el informe de interconsulta, la cita para el día 28 de abril de 2016 en Oftalmología del Hospital Universitario La Paz, el informe oftalmológico de una clínica privada, el informe de alta del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla, el informe del Hospital Laguna y diversas facturas.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente, resulta de interés para la emisión del Dictamen, los siguientes hechos:

La paciente, de 81 años de edad en el momento de los hechos, el día 12 de noviembre de 2015 acudió a consulta del Servicio de Oftalmología del Centro de Especialidades José Marvá donde se anotó que padecía cataratas, más avanzada en el ojo derecho, presión ocular de 13 y 16, agudeza visual 1/3 o ½ en el ojo derecho y 1/3 o ½ en el ojo izquierdo. Se deriva a la Unidad de Cataratas del Hospital Universitario La Paz y se anota: *"imposible realizar biometría"*.

La paciente pasa a la lista de espera y es citada en el Servicio de Oftalmología del Hospital Universitario La Paz el día 28 de abril de 2016, pero no acude.

El 15 de abril de 2016 acude a consulta de Oftalmología de una clínica privada en la que se le realizó cirugía combinada de cataratas y glaucoma del ojo derecho el día 29 de abril de 2016 y facoemulsificación del cristalino del ojo izquierdo con implante de lente intraocular el 23 de junio de 2016.

El 3 de junio de 2016 acude por primera vez a Urgencias del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla por palpitaciones y sudores. Tras la exploración física y pruebas complementarias recibe alta el mismo día, con juicio clínico de fibrilación auricular de comienzo incierto, y tratamiento.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación, se ha instruido un procedimiento de responsabilidad patrimonial conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

El Servicio de Archivo del Hospital Universitario La Paz informó el 10 de marzo de 2017 que "*la paciente tiene asistencias prestadas a cargo del Servicio de Oftalmología en CEP de José Marva de las cuales no disponemos dado que son entregadas a la paciente cuando acude a consulta".*

El 17 de marzo de 2017 el Servicio de Oftalmología del Hospital Universitario La Paz informaba:

> *"La paciente (…) no ha sido nunca visitada en consulta del Hospital La Paz, por lo que no tenemos registros suyos, sólo nos consta que tenía una cita el 28 de abril de 2016 a la que no acudió.*
>
> *Las dos citas anteriores fueron en el Centro de Especialidades de José Marvá y según consta en los informes que aporta la paciente fue diagnosticada de catarata de ambos ojos con tensión ocular dentro de lo normal (13 mm de Hg OD y 13 mm de Hg 0I)".*

Asimismo, la Inspección Sanitaria emitió informe el 30 de junio de 2017, se otorgó trámite de audiencia, se redactó la correspondiente propuesta de resolución y se recabo el dictamen de esta Comisión Jurídica que en su Dictamen 60/19, de 21 de febrero, concluyó que procedía retrotraer el procedimiento para recabar el informe de los Servicios de Oftalmología y Cardiología del Centro de Especialidades José Marvá.

Tras el dictamen, se ha incorporado al procedimiento una nota interior del jefe de Servicio de Cardiología del Hospital Universitario La Paz de 5 de marzo de 2019 para informar que la reclamante *"solo fue atendida en una consulta externa de Cardiología el día 10 de mayo de 2012, en centro de especialidad José Marvá, no siendo citada nuevamente desde entonces ni habiendo recibido ninguna solicitud de*

nueva consulta" y adjunta, una hoja de citas y consultas de la paciente.

También consta el informe de 14 de marzo de 2019 del jefe de Servicio de Oftalmología en el que reitera que la reclamante "*nunca*" ha acudido a consulta de Oftalmología del Hospital Universitario La Paz, solamente consta que tenía una cita el 28 de abril de 2016, a la que no acudió.

Respecto a las dos citas en el Centro de Especialidades José Marvá de los días, 17 de noviembre de 2014 y 12 de noviembre de 2015 informa que *"fue diagnosticada de catarata de ambos ojos con tensión ocular dentro de lo normal (13 mm de Hg OD y 13 mm de Hg OI)"*.

Se recabó nuevamente el informe de la Inspección Sanitaria y mediante correo electrónico de 5 de abril de 2019 se reiteraba en el informe anteriormente emitido.

Tras la incorporación de los informes anteriores se confirió trámite de audiencia a la interesada que presentó alegaciones reiterando que no fue tratada adecuadamente del glaucoma ni de su lesión cardiovascular.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad ha formulado propuesta de resolución de 24 de junio de 2019 en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial al considerar que no ha existido mala praxis ni siquiera con respecto a la gestión de la lista de espera.

CUARTO.- Emitida la propuesta de resolución, el consejero de Sanidad formula preceptiva consulta que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 15 de julio de 2019.

Ha correspondido su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 17 de octubre de 2019.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 26 de diciembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC según establece su artículo 1.1. y su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de una reclamación presentada tras la entrada en vigor de dicha norma. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), cuyo capítulo IV del Libro Preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En lo que respecta a la legitimación activa, la reclamante ostenta dicha legitimación para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP por cuanto que es la persona afectada por los daños cuya indemnización reclama.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por un centro sanitario perteneciente a la red sanitaria pública madrileña.

Desde un punto de vista temporal, tal como se indicara en el Dictamen 60/19, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, el plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

En el caso sujeto a examen, la reclamante fue vista el 12 de noviembre de 2015 en el Centro de Especialidades José Marvá y fue citada en la Unidad de Cataratas del Servicio de Oftalmología del Hospital Universitario La Paz el 28 de abril de 2016, sin embargo la interesada acudió a un hospital privado el 15 de abril de 2016 donde fue intervenida del ojo derecho el 29 de abril y del ojo izquierdo el 23 de junio de 2016, por lo que la reclamación formulada el 9 de febrero de 2017, está presentada en plazo legal.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios previstos en la LPAC. Tras el Dictamen 60/19, se han incorporado los informes del Servicio de Cardiología y del Servicio de Oftalmología del Hospital Universitario La Paz y la Inspección Sanitaria se ha ratificado en su anterior informe. Asimismo, se ha dado trámite de audiencia, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC y finalmente se ha redactado la necesaria propuesta de resolución.

De todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: "*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), señalan que la responsabilidad patrimonial requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 LRJ-PAC (actualmente, artículo 32 de la LRJSP):

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 *"no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa".*

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2016 (recurso 1153/2012) *«que cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la* "lex artis" *como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico».*

CUARTA.- En el presente caso, la reclamante considera que hubo un retraso en el tratamiento quirúrgico de las cataratas y un

retraso de diagnóstico del glaucoma y de la fibrilación auricular detectado, en un hospital privado y en el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla, respectivamente.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron a la paciente, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación.

La interesada, sin embargo, no aporta prueba pericial alguna que acredite que la actuación de los profesionales sanitarios que atendieron a la paciente en el Servicio de Oftalmología y en el Servicio de Cardiología fuera negligente, como alega en su reclamación.

Ante esta ausencia probatoria, la escasa historia clínica de la paciente obrante en el expediente pone de manifiesto que el 12 de noviembre de 2015 acudió a consulta de Oftalmología y se anotó que padecía una catarata, más avanzada en el ojo derecho, una agudeza visual de 1/3 o ½ en el ojo derecho y 1/3 o ½ en el ojo izquierdo, el fondo de ojo mostraba una pupila dentro de la normalidad y tenía una presión ocular de 13 y 16, no se realiza la biometría y es derivada y citada en la Unidad de Cataratas del Hospital Universitario La Paz para el día 28 de abril de 2016 pero la paciente no acude puesto que ya había sido asistida en la sanidad privada donde fue operada de cataratas.

Respecto al glaucoma que según la interesada se le diagnosticó en la sanidad privada, la Inspección Sanitaria informa que la tensión ocular que presentaba la paciente cuando acudió a consulta el 12 de noviembre de 2015 no estaba elevada, puesto que tenía 13 y 16 y según los especialistas la tensión intraocular se mide en milimetros de mercurio y para mantenerse en valores normales debe ser inferior a 21 mmHg, como ocurría en el caso de la paciente.

Por lo que respecta al reproche que formula al Servicio de Cardiología, la paciente fue únicamente a consulta de dicho Servicio el día 10 de mayo de 2012 y según su reclamación la paciente es atendida en el Hospital Central de la Defensa Gomez Ulla y diagnosticada de *"fibrilación auricular de comienzo incierto"* cuatro años después, en junio de 2016.

Debe tenerse en cuenta que la asistencia médica ha de atender las circunstancias de la asistencia y a los síntomas del enfermo, mediante un juicio ex ante y no ex post. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de enero de 2015 (recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2834/2013) y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 4 de abril de 2017 (recurso contencioso-administrativo nº 532/2015): *«... la calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio "ex post", sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente. Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto, el tratamiento que se sigue, en un juicio "ex post", no es indiciario de una mala praxis médica, pues solo en un juicio "ex post"* es cuando podríamos afirmar que habría que haber intervenido antes».

En este caso, se observa, siguiendo las conclusiones de la Inspección Sanitaria que *"no consta en ningún momento la desatención que la paciente refiere"*, y que la decisión personal de la interesada de acudir a la sanidad privada, y la subsiguiente pretensión de repercutir su coste en la colectividad, no puede apoyarse en un error de diagnóstico ni de tratamiento.

En definitiva, la falta de acreditación sobre la posible contravención de la *lex artis* en el funcionamiento del servicio público

impide que la reclamación de responsabilidad patrimonial pueda ser acogida, y el detrimento patrimonial sufrido por la interesada, en tanto que deriva de su decisión voluntaria de acudir a la medicina privada, ha de ser soportado por ella. Conclusión que alcanza la Inspección Médica cuando expresa "*no hemos encontrado desatención en este caso y la decisión de acudir a la medicina privada fue por propia iniciativa"* y a esta conclusión debemos atenernos dado que los informes de la Inspección Sanitaria obedecen a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 4 de febrero de 2016 (recurso 459/2013):

> "*…sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la* litis*, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe*".

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado mala praxis en la asistencia sanitaria prestada a la interesado.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 17 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 408/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid