

Dictamen nº: **202/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **03.05.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 3 de mayo de 2018, emitido ante 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. (en adelante “*la reclamante*”, “*la interesada*” o “*la paciente*”), en relación con la implantación de una lentilla inadecuada en una intervención de cataratas realizada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en una oficina de Correos el día 27 de febrero de 2015, la reclamante antes citada refiere que el 29 de mayo de 2013 [por error indica “abril”] le realizaron una intervención de cataratas del ojo derecho en el Instituto Oftálmico de Madrid [Servicio de Oftalmología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón] de forma negligente, al implantarle una lentilla inadecuada que provocó la ausencia de visión correcta en ese ojo.

Señala, desconociendo los estudios preoperatorios, que aunque los servicios médicos achacaron tal visión imperfecta a la posible suciedad de

la lente implantada, tal afirmación resulta inverosímil siendo mucho más razonable pensar que el problema fue debido a la colocación de una lente incorrecta, puesto que no se produjo ninguna de las complicaciones que pueden darse en este tipo de intervenciones.

Sostiene que en el Hospital Universitario Santa Cristina le intervinieron con éxito el ojo izquierdo lo que pone de manifiesto la ausencia de motivos fisiológicos para realizar la operación, y que para intentar recuperar el ojo derecho le intervinieron en ese último hospital con fecha 19 de mayo de 2014 aplicándole la técnica de "*Piggy Bag*" o implantación de una nueva lente sobre la anterior, y que sin embargo, dicha intervención resultó infructuosa al no haber podido repararse la errónea implantación de la lente anterior con la nueva lente provocándole la pérdida de la visión sin posibilidad de recuperación.

Aporta copia de un informe de 12 de noviembre de 2014 del Servicio de Oftalmología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón y solicita una indemnización de 500.000 € por la incorrecta actuación de los hospitales antes reseñados, al estar pendiente de valoración por perito (folios 1 a 8 del expediente administrativo).

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

La reclamante tenía 61 años en abril de 2013 cuando fue remitida a consultas de oftalmología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón para valoración de fondo de ojo diabético, pues padecía de diabetes tipo II e hipertensión arterial.

En ese momento, su agudeza visual con corrección, era de "*bultos*" por el ojo derecho y de 1/3 con el ojo izquierdo, si bien en este ojo mejoraba hasta 2/3 con agujero estenopeico. La biomicroscopía puso de manifiesto cataratas en ambos ojos que, de acuerdo con la clasificación LOCS-III, se encontraban en el ojo derecho en un estadio NC.3

intumesciente, mientras que en el ojo izquierdo estaban en un estadio NO.3 C.3 P.3. No se pudo ver el fondo del ojo derecho, mientras que el ojo izquierdo mostraba un polo posterior normal, sin lesiones de retinopatía diabética. Con todo ello, la paciente fue derivada al Instituto Provincial de Oftalmología (IPOF), solicitándose ya una ecografía del ojo derecho.

El 9 de abril de 2013, la paciente fue atendida en el IPOF, constando como motivo de consulta que era una paciente derivada para valoración de intervención quirúrgica de cataratas en el ojo derecho. En la exploración de ese día no se apreció contraindicación para la intervención quirúrgica, si bien se disintió de la estadificación de las cataratas, que se evaluó para el ojo derecho en NO.5-6 C.4 madurahipermadura, pero no intumesciente y NO.2 C.2 P.1 para el ojo izquierdo. La tonometría mostraba valores de 11 mm de presión en ambos ojos. Se realizó ese mismo día el cálculo del poder refractivo de la lente intraocular, mediante *Ocu-Scan* (ultrasonidos), estando marcada la potencia de +15 dioptrías. Consta en la historia clínica, que la reclamante tenía prevista otra ecografía para el día 19 de abril y que continuaban los trámites para la intervención quirúrgica de cataratas del ojo derecho. La ecografía no mostraba alteraciones de vítreo ni de polo posterior de tal ojo.

La intervención se realizó el 29 de mayo de 2013 sin incidencias como figura en el informe de alta, el protocolo quirúrgico y la hoja de anestesia. Se implantó una lente de +15 dioptrías tal y como se había marcado. La interesada causó alta, para ser revisada al día siguiente.

En esa revisión se pudo apreciar mediante biomicroscopía que existía un leve edema epitelial en la incisión principal y estriado endotelial moderado central y periincisional. No se apreciaba signo de *Seidel* y el de *Tyndall* era +/- . Se añadía el comentario "*seudoafaquia bien, con lente intraocular en cámara posterior*". La presión intraocular, de 10 mm, era normal.

El 6 de junio de 2013, la anotación indica que la paciente tenía una agudeza visual de 0,5 en el ojo derecho cuando se colocaba una lente esférica de +3,5 dioptrías y cilíndrica de -1,75 dioptrías con el eje a 175°, lo que suponía un defecto refractivo inesperado. La agudeza visual era de 1/3 en el ojo derecho y 2/3 (igual que antes) en el ojo izquierdo. También se apreciaba una importante fibrosis en la cápsula posterior del cristalino. Se descartó la posibilidad de recambio de la lente intraocular, pero se propuso realizar una capsulotomía con láser YAG para tratar la fibrosis capsular posterior del ojo derecho.

Dicha capsulotomía del ojo derecho se llevó a cabo en fecha que no consta en la historia clínica, pero presumiblemente en los primeros días de octubre de 2013 y cursó sin complicaciones, consiguiendo una mejora de la agudeza visual que se confirmó en la revisión del 14 de octubre, donde consta que era de “*contar dedos*” a 3 metros, mejorando a 1/6 con estenopeico. La biomicroscopía del ojo derecho mostraba una córnea transparente, conjuntiva no hiperémica, sin efecto Tyndall y postoperatorio de la capsulotomía normal. Se practicó una tomografía de coherencia óptica (OCT) que resultó normal.

En noviembre de 2013 la reclamante presentaba una agudeza visual en el ojo derecho de 1/10, mejorando hasta 1/3 con estenopeico y mejorando hasta 2/3 con una lente de +4 dioptrías.

Solicitó ser atendida en otro hospital, siendo remitida al Hospital Universitario Santa Cristina, donde pasa su primera consulta el 17 de diciembre 2013 en que se efectúa una anotación que dice “*¡¡El marido sabe que le han calculado mal la LIO [lente intraocular] de OD!!*”.

La paciente fue intervenida de las cataratas del ojo izquierdo en este último hospital el 5 de febrero de 2014, sin incidencias, siguiendo sucesivas revisiones con plena normalidad hasta ser dada de alta el 13 de marzo de 2014.

Tras esto, la reclamante solicitó que se valorase la posibilidad de mejorar la situación del ojo derecho, pues la anisometropía que sufría no le permitía tener confort visual. Se le ofreció en el Hospital Universitario Santa Cristina la posibilidad de implantar una lente *Sulcoflex*, adicional a la que ya estaba implantada, mediante la técnica de *Piggy back*, siendo aceptada por la paciente.

Se llevó a cabo el 19 de mayo de 2014 sin mención de incidencias. En la primera revisión del día siguiente, se anotó que había mejorado la agudeza visual. El 29 de mayo se anotó que la paciente estaba muy contenta.

En fecha 26 de junio de 2014 se anotó que la agudeza visual del ojo derecho era de 0,5, que mejoraba difícilmente a 0.6 con corrección. Se mencionaba que se había desplazado el orificio de la capsulotomía. El 2 de septiembre de 2014 se le propone la práctica de una nueva capsulotomía con láser YAG. La agudeza visual del ojo derecho en esa fecha era de 0,6, con presión intraocular normal.

Sin embargo, el día 11 de septiembre de 2014 acude nuevamente a consulta en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, y la medición de la presión intraocular del ojo derecho muestra 37 mm de Hg y 10 mm en el ojo izquierdo. La agudeza visual del ojo derecho había caído hasta el punto de que con corrección de -1,25 esférico y -1,25 cilíndrico a 180° sólo podía contar dedos, existía hiperemia, midriasis poco reactiva y cámara anterior muy estrecha. Ese mismo día se le realizó una urgente iridectomía YAG en el ojo derecho, consiguiendo controlar la presión intraocular, pero quedó con la agudeza visual descrita pudiendo contar dedos con la corrección.

El 24 de marzo de 2015 hubo de acudir al Hospital General Universitario Gregorio Marañón por presentar un cuadro de glaucoma

por bloqueo pupilar del ojo derecho, que exigió el explante de la lente intraocular que portaba.

TERCERO.- Presentada la reclamación se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP), que se comunicó a la reclamante (folio 9).

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se han incorporado al expediente, los informes preceptivos de los servicios médicos afectados, y en concreto, el informe de la Unidad de Oftalmología del Hospital Universitario Santa Cristina de 27 de marzo de 2015 (folios 10 a 13), y el informe del jefe del Departamento de Oftalmología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, de 22 de junio de 2015 (folios 164 y 165).

El informe del Hospital Universitario Santa Cristina indica que atendieron a la reclamante por primera vez el 17 de diciembre de 2013 para intervenirle de cataratas del ojo izquierdo, señalándose en el juicio diagnóstico: *“catarata de ojo izquierdo en estadio quirúrgico”* y *“sorpresa refractiva hipertrópica de +4 dioptrías en ojo derecho (que no tolera la corrección en binocular)”*, y que tras dicha intervención les pide que la intervengan del ojo derecho explicándole que los resultados no van a ser los mismos y que conlleva más riesgos, pero que ante su insistencia firma el consentimiento informado y la intervienen el 19 de mayo de 2014.

Añade que *“a los tres meses, el 02-09-2014 tiene una visión en ojo derecho de 0.3, con estenopéico de 0.63 y con -1.75 esf -1.0 cyl a 40° llega a 0.63. Hay una leve atrofia papilar y la presión intraocular es de 15 mm Hg”*, pero que los restos capsulares empiezan a invadir el eje visual y se

le recomienda ampliar la capsulotomía por medio de Láser YAG para relajar la contracción capsular y que como no disponen de esa técnica, redactan el informe y derivan a la reclamante al Instituto Oftálmico que emite informe el 11 de septiembre.

El informe indica que *“la cuestión es, qué pudo ocurrir entre el día 2 de septiembre -en que todo estaba bien...- y el 11 de septiembre, con una tensión elevada y una pérdida de visión irreversible”* y que *“nuestra hipótesis diagnóstica es que probablemente sufrió un repentino ataque agudo o subagudo de glaucoma por cierre angular, que debió tener un curso clínico atípico con escasa sintomatología ... razón por la cual la paciente no acudió a urgencias en las primeras horas, lo que con toda seguridad le hubiese evitado este fatal desenlace con pérdida irreversible de la visión, debida a la destrucción de fibras ganglionares ocasionada por la tan elevada tensión ocular mantenida más de 48 horas”*. Así como que ha confirmado en conversación telefónica con la reclamante que tuvo molestias pero no alarmantes como para ir a Urgencias.

Por su parte, el informe del Hospital General Universitario Gregorio Marañón refiere la intervención del ojo derecho de la reclamante en mayo de 2013 y que *“por entonces se comenta con la enferma que dado las condiciones de ese ojo y la edad no es conveniente efectuar ningún tipo de cirugía para corregir ese defecto residual, aconsejando la puesta de gafa o lente de contacto”*, que la atienden en octubre de 2013 y no vuelve hasta septiembre de 2014, cuando ya se había operado en el Hospital Universitario Santa Cristina.

Añade que *“el día 23-9-14 se habla directamente con la enferma y su familiar, dejando claro que la intervención a la que fue sometida en su OD en otro Centro fue una elección personal y no recomendada por éste Departamento, por lo que las complicaciones derivadas de la misma no son de nuestra responsabilidad”*, así como que en febrero de 2015 se decide y propone a la interesada la extracción de la doble lente para poder

controlar la tensión ocular y evitar complicaciones derivadas de la misma, advirtiéndole que es una intervención para restablecer la normalidad anatómica, pero nunca buscando recuperación funcional, dadas las complicaciones ya enunciadas anteriormente en papila y células ganglionares en el ojo derecho, y que el 24 de marzo de 2015 se realiza.

Se ha incorporado al expediente el informe, de fecha 1 de julio de 2015, de la Inspección Médico Sanitaria (folios 166 a 172), que tras examinar la reclamación, la documentación obrante en el expediente que incluye la historias clínicas y los informes de los servicios afectados y los hechos acontecidos, considera que *“...hay indicios de que la atención prestada ha sido incorrecta o inadecuada por las razones...apuntadas”, razones que plasma en sus consideraciones médicas al afirmar que “la perfecta emetropía postquirúrgica es francamente rara y lo habitual es que queden pequeños defectos, pero cuando el paciente operado de cataratas tiene un defecto importante de refracción tras este tipo de intervención quirúrgica se habla de “sorpresa refractiva”, categoría que existe y no es posible negar. Son múltiples las causas de la sorpresa refractiva, incluyendo, desde luego, el cálculo incorrecto del poder de la lente intraocular” pero que pueden existir otras y que “en todos los casos se produce una medición inadecuada por una u otra causa”.*

La Inspección Médica refleja los sistemas de medición para el cálculo del poder dióptrico de las lentes intraoculares e indica que la efectuada con la máquina *Ocu-Scan* versión 3.02, que es la relativa al caso examinado, *“requiere contacto de la sonda con el ojo, previa anestesia, para medir el diámetro AL del globo (o Axial Length o diámetro anteroposterior)”* y que:

“El contacto con el globo ocular conlleva, por la propia naturaleza de la medición, que se aplane más o menos la bóveda corneal dependiendo de la fuerza que se ejerza por el médico que está

realizando la medición. Si la presión es excesiva, se aplana más la córnea, dando un diámetro menor al real, que es lo presumiblemente ocurrido en este caso. Es preciso tener en cuenta que 1 mm de diferencia crea 3 dioptrías de error.

Ahora bien, cuando se efectúan mediciones con margen amplio de error, como es el presente caso, es necesario repetir las mediciones, al menos para promediar los resultados o excluir los más extremos o ambas cosas. Téngase muy presente que es precisa una extraordinaria exactitud y precisión para obtener un buen resultado y es preciso asegurarse de que las mediciones son correctas, pues los resultados, con un solo milímetro de diferencia, son muy diferentes. Aquí no se ha hecho nada de eso, pues únicamente hay dos mediciones, dando por buena la primera de ellas aunque la segunda mostraba unos valores bien diferentes. Quien hizo la medición hubiera debido asegurarse de la corrección de sus medidas con la repetición de las mismas”.

Por lo que se refiere al resto de circunstancias, el informe expone que *“la decisión de implantar una lente adicional no es incorrecta, pero no resultó exitosa, y fue seguida de otros problemas de hipertensión intraocular severa que llevaron al explante de las lentes y la práctica pérdida de visión de ese ojo por parte de la paciente”.*

Consta unido al expediente un informe de un doctor Especialista en Oftalmología de un gabinete pericial (folios 173 a 184) que, al contrario de lo sostenido en el informe de la Inspección, afirma no ser cierto que existiera discrepancia en las mediciones realizadas, sino que las diferentes constantes de medición arrojan valores diferentes, dependiendo del tipo de lente o casa comercial de la lente a implantar, así como que la medición se realizó de forma correcta aunque se produjo una sorpresa refractiva, así como que de haber existido presión la lente implantada hubiera dejado al paciente miope y no hipermetrope. Tras

diversas consideraciones añade que *“lo que parece es que la propia anatomía del ojo (presentaba una catarata hipermadura y probablemente alguna deformidad del globo) hizo que el cálculo fuera inexacto, sin que este extremo pueda ser imputable a malpraxis o impericia por parte del oftalmólogo”*.

Sobre la segunda intervención del ojo derecho, afirma que la cirugía *“fue impecable”*, y sobre la pérdida visual con daño irreversible del nervio óptico considera que se debió a la tensión ocular muy alta que tuvo la paciente –de forma asintomática–, causada por la segunda lente que, al irse produciendo una fibrosis capsular, produjo un bloqueo pupilar, y que el daño fue inevitable a pesar de un seguimiento estrecho y correcto.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia, notificado a la interesada el 16 de mayo de 2017 (folios 185 a 187).

La reclamante presenta el 3 de junio de 2017 su escrito de alegaciones (folios 188 a 208) en el que sostiene que del expediente resulta la mala atención médica dispensada inicialmente no mejorada por el recorrido de hospital a hospital, como resulta del informe de la Inspección -que reforzarán con un informe pericial oftalmológico que aportarán tan pronto se finalice y en plazo de 30 días- y que se reconoce también en la pericial de la compañía aseguradora, aunque achaque la medición incorrecta de la lente a la máquina o a defecto del ojo, aunque, afirma, en este último caso debieran haberlo detectado.

Aporta un informe médico pericial de valoración del daño corporal, que cuantifica en 59.566,26 euros conforme al baremo de 2016 que considera de aplicación analógica por ser el criterio más actual, si bien, refleja también la valoración con el baremo de 2014 que da un resultado indemnizatorio de 53.821,24 euros.

Reclama la primera cantidad por la intervención de catarata realizada erróneamente con lente inadecuada.

Con fecha 12 de marzo de 2018, el viceconsejero de Sanidad formula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que no existe antijuridicidad del daño ni relación de causalidad entre éste y la actuación médica (folios 209 a 212).

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad, de 3 de abril de 2018 con registro de entrada en esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 4 de abril de 2018, se nos formuló preceptiva consulta.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 161/18, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 3 de mayo de 2018.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales 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 28 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, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante, ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, (*“será recabado (...) por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros”*).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a solicitud de interesada según consta en los antecedentes, se encuentra regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), al igual que lo hacían los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RPRP.

La disposición transitoria tercera de la LPAC dispone que *“a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”*, por ello, al haberse iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial con anterioridad a la entrada en vigor de la LPAC según su disposición final séptima, la tramitación se regirá por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RPRP.

La reclamante está legitimada activamente, conforme al artículo 139 de la LRJ-PAC, en tanto que sufre el daño que atribuye a la asistencia sanitaria dispensada.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue causado por personal médico en un hospital integrado en su red sanitaria, abundando a ello que se trató de corregir en otro hospital, también de su red sanitaria.

El plazo para el ejercicio de la acción indemnizatoria, es de un año, a contar desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (*cf.* artículo 142.5 de la LRJ-PAC). La intervención quirúrgica a la reclamante tuvo lugar el 29 de mayo de 2013, si bien tuvo que someterse a actuación médica en octubre de 2013 y se le implantó otra lente el 19 de mayo de 2014. Su reclamación la formula el día 27 de febrero de 2015, por lo que se ha presentado en plazo legal, con independencia de la fecha de la curación o de la estabilización de las secuelas.

En otro orden de cosas, no se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se ha recabado el informe, de acuerdo con el artículo 10 RPRP, de los servicios afectados, y el instructor del procedimiento ha solicitado informe a la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se ha dado audiencia a la reclamante, de conformidad con los artículos 11 del RPRP, y 84 de la LRJ-PAC. Por último se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, tal y como establece el artículo 12.1 en relación con el artículo 13.2 del RPRP. La propuesta desestimatoria es remitida junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el art. 106.2 de la Constitución, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, al igual que hoy se hace en la LPAC y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, “*LRJSP*”).

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, 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), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 de la LRJ-PAC:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”*.

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 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“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”.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada “*lex artis*” se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) y 29 de junio de 2011 (recurso nº 2950/2007) disponen que “*se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”.*

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencias de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000) y 4 de abril de 2011 (recurso de casación nº 5656/2006), afirma que *“lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis”*.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) 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”*, por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

QUINTA.- En el caso que nos ocupa está acreditado mediante la documentación e informes médicos obrantes en el expediente, que la reclamante fue intervenida quirúrgicamente el 29 de mayo de 2013 de cataratas del ojo derecho ya que presentaba una agudeza visual con corrección de *“bultos”*. Asimismo, que el cálculo del poder dióptrico de la

lente a implantarle se hizo mediante una máquina “Ocu-Scan” por lo que en la intervención quirúrgica se le implantó una lente intraocular de +15 dioptrías, que no correspondía a la necesidad real de la reclamante, dando como resultado una “*sorpresa refractiva*”.

Dicho resultado trató de corregirse mediante una nueva intervención quirúrgica en otro centro hospitalario, en que se le implantó otra lente junto con la anterior, lo que derivó en un aumento de la presión ocular para la que no recibió atención adecuada en tiempo debido a la falta de sintomatología relevante, pues sintió molestias que hicieron que la reclamante acudiera al hospital en un momento en que el nervio óptico ya había resultado dañado. Así, aunque se logró restaurar la tensión ocular no se pudo evitar tal lesión. Finalmente hubo que explantarle la lente al irse produciendo una fibrosis capsular en su ojo derecho que derivó en glaucoma agudo con bloqueo pupilar.

A la vista de los hechos que hemos reseñado, que constan en el expediente examinado, no cabe duda de la existencia del daño y de la relación causal entre dicho daño y la actuación sanitaria dispensada.

La reclamante no ha aportado al procedimiento informe médico pericial en que fundar la incorrección de la actuación médica, por lo que habremos de atender a la documentación del expediente, que incluye los informes médicos; que es también, la que ha servido como soporte a las consideraciones médicas incluidas en el informe de la Inspección Médica.

Tanto el informe de la Inspección Médica como el informe médico pericial de 11 de diciembre de 2015 elaborado a solicitud de la aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, coinciden en atribuir la “*sorpresa refractiva*” a la inadecuada graduación de la lente que fue implantada a la reclamante, y coinciden también en la corrección y ajuste a la *lex artis* del resto de atenciones médicas dispensadas a la interesada.

Por el contrario, los informes disienten en cuanto a la atribución de responsabilidad por la medición defectuosa, en la medida que el Informe de la Inspección Médica la residencia en el médico que efectuó la misma y el informe pericial de la aseguradora lo hace en la máquina y en la fisiología del ojo de la paciente.

La Inspección refiere que la medición efectuada precisó tocar el ojo y que la presión ejercida por el médico fue la determinante de ofrecer un resultado incorrecto de la lente a implantar, extremo con el que no está conforme la pericial de la aseguradora. Pero a esa actuación se añade otra consideración por la Inspección, ya que sostiene que debieron realizarse varias mediciones de contraste, precisamente porque ofrecían resultados diversos, y que tal extremo no fue verificado, lo que considera una actuación incorrecta o inadecuada. Sobre tal cuestión el otro informe no da explicación más allá de sostener que no existían mediciones discrepantes.

En relación a tal aspecto hemos de volver a traer a colación que la Inspección afirma expresamente que *“cuando se efectúan mediciones con margen amplio de error, como es el presente caso, es necesario repetir las mediciones, al menos para promediar los resultados o excluir los más extremos o ambas cosas. Téngase muy presente que es precisa una extraordinaria exactitud y precisión para obtener un buen resultado y es preciso asegurarse de que las mediciones son correctas, pues los resultados, con un solo milímetro de diferencia, son muy diferentes. Aquí no se ha hecho nada de eso, pues únicamente hay dos mediciones, dando por buena la primera de ellas aunque la segunda mostraba unos valores bien diferentes. Quien hizo la medición hubiera debido asegurarse de la corrección de sus medidas con la repetición de las mismas”*.

Es reiterada la doctrina de esta Comisión que reconoce el especial valor de la opinión de la Inspección Sanitaria tal y como reconoce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así la sentencia de 16 de marzo

de 2017 (recurso 155/2014) recuerda que: *“Ha de tenerse en cuenta que, si bien tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el resto de los que obran en el expediente administrativo no constituyen prueba pericial en sentido propiamente dicho, sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también 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”.*

Por todo lo anterior, una valoración de lo actuado nos lleva a considerar que la actuación de los servicios médicos del Hospital General Universitario Gregorio Marañón no fue conforme a criterios de *lex artis* al implantar a la reclamante una lente intraocular inadecuada a sus necesidades, que derivó en posterior intervención quirúrgica y complicación que finalizó con la lesión del nervio óptico.

Por todo lo expuesto, procede estimar la reclamación, sin perjuicio de la valoración del daño, que efectuamos a continuación.

SEXTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RPRP, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados, lo que debe hacerse, por expresa indicación del artículo 141.3 de la LRJ-PAC, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo.

La reclamante solicita una indemnización de 59.566,26 euros conforme al baremo de 2016 que considera de aplicación analógica según el informe pericial de valoración que aporta, si bien, también incluye valoración según el baremo de 2014 en que consigna como incapacidad temporal 440 días no impeditivos (13.829,20 €), 19 puntos por secuelas permanentes al descontar 6 puntos de los 25 posibles porque la agudeza

visual esperable era de 2/3 como en el ojo izquierdo (17.669,62 €), a los que aplica un 10 % de corrección por edad laboral, así como 19.172,54 € por incapacidad permanente parcial, lo que da un total de 53.821,24 €.

Tendremos en cuenta que la actuación médica que dio lugar a la sorpresa refractiva tuvo lugar el 29 de mayo de 2013, en que la reclamante tenía 61 años de edad, por lo que para valorar los daños acudiremos analógicamente al baremo publicado por Resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE Núm. 26 de 30 de enero), por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2013 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, así como el anexo del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

En el expediente no figura ningún otro informe médico pericial de valoración del daño distinto del aportado por la reclamante.

El periodo de sanidad viene determinado por el tiempo transcurrido entre la fecha de intervención y la fecha de estabilización del daño (del 29 de mayo de 2013 al 11 de septiembre de 2014), esto es 470 días, al que descontaremos el tiempo de curación que tuvo en el ojo izquierdo (36 días) como referencia del que hubiera sido adecuado. Por ello, consideramos indemnizables 434 días de sanidad, por un total de 13.601,56 € con el siguiente desglose:

-434 días no impeditivos a 31,34 € nos dan 13.601,56 €.

Asimismo, como secuelas funcionales por la pérdida de visión del ojo derecho, consideramos reconocible un total de 15.762,40 € por 17 puntos a 927,20 €, ya que a los 25 máximos hemos de descontar

proporcionalmente 8 puntos, puesto que la agudeza visual lograda fue de 2/3 con corrección (noviembre de 2013) antes de la pérdida finalmente sufrida (“*cuenta dedos*”), y previamente a la intervención tenía una agudeza de “*bultos*” en ese ojo.

A la cantidad sumatoria de ambos conceptos, esto es 29.363,96 €, hay que agregar un 10% del factor de corrección por edad laboral, esto es 2.936,39 €, que nos ofrece un importe de 32.300,35 €.

En relación a la secuela permanente ha de reconocérsele una corrección de 3.352,79 € que de forma moderada aumente la cantidad que hemos indicado por las secuelas funcionales hasta los 19.115,19 € reseñados en la tabla IV, por el menoscabo parcial que va a incidir en sus tareas diarias y tiempo de ocio (como define el informe pericial). En este aspecto, tenemos en cuenta también que la demora en acudir a los servicios médicos cuando sufrió el aumento de presión ocular fue lo que produjo la lesión del nervio y que esa demora no es imputable a tales servicios.

Por todo ello, la cantidad total que habrá satisfacerse a la reclamante asciende a 35.653,14 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer a la reclamante una indemnización de 35.653,14

euros, cantidad que deberá ser actualizada conforme al artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

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 3 de mayo de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 202/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid