

Dictamen n.º: **521/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **28.09.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 28 de septiembre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por C.G.R. en representación de P.P.M., en adelante “*el reclamante*”, sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario Puerta de Hierro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio, con registro de entrada el día 22 de julio, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 28 de septiembre de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, en formato cd, resulta ilegible por lo que fue devuelto a la Consejería de Sanidad el 22 de julio de 2011, teniendo nueva entrada en este Consejo el 1 de agosto de 2011.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Con fecha 16 de noviembre de 2010 se presenta en el Registro General de la Comunidad de Madrid una petición de responsabilidad patrimonial por C.G.R., abogado colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, actuando en representación de P.P.M., representación que acredita mediante un documento privado en el que el reclamante manifiesta “... *vengo a otorgar mi representación en el procedimiento de reclamación de responsabilidad dimanante de las intervenciones quirúrgicas a las que fui sometido con fecha 15 de enero de 2008 y 15 de junio del mismo año a los Letrados del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, M.R.M. y C.G.R., N^o aaa y N^o bbb, respectivamente*”.

Constan en el documento las firmas de los citados letrados y del reclamante. Se adjunta una fotocopia del Documento Nacional de Identidad del reclamante.

En cuanto al contenido de la reclamación, señala el reclamante que, en enero de 2008, acudió al Hospital Universitario Puerta de Hierro a operarse de un agujero macular de ojo derecho. Al poco tiempo de la operación comenzó a ver doble, siendo intervenido de cataratas en el mes de mayo en dicho ojo derecho (en la historia clínica consta la intervención de cataratas en el ojo izquierdo el 20 de junio de 2008, no del ojo derecho). Tras dicha operación tuvo que usar lentes si bien la diplopía se mantuvo, ingresando de urgencias en agosto de 2008 diagnosticándole una paresia del recto superior izquierdo “... *lo que le llevó a la realización de las correspondientes pruebas y a la prescripción del uso de lentes*”.

A pesar de esas intervenciones, acudió el 18 de mayo de 2010 a la Fundación A, donde le diagnosticaron una catarata en el ojo derecho, diplopía mal reglada con prismas y un agujero macular en ojo derecho, siendo imposible la recuperación de la visión.

Considera que en las intervenciones realizadas en el Hospital Universitario Puerta de Hierro se le ha causado un daño y solicita por ello la cantidad de 60.000 euros.

En la historia clínica, figura que el reclamante, de 59 años de edad, acudió en fecha que no consta a la consulta de oftalmología del Hospital Universitario Puerta de Hierro derivado del Centro de Especialidades de Argüelles con el diagnóstico de agujero macular en ojo derecho.

En dicha consulta se recoge que su agudeza visual era de 0.1 (OD) y 0.15 (OI), diagnosticando un agujero macular en ojo derecho y una catarata bilateral incipiente. Se señala que la exploración es difícil por falta de colaboración y que el paciente no sabe explicarse sobre sus antecedentes médicos por lo que se le sugiere que debe venir acompañado. El 14 de marzo de 2007, acude acompañado de su hermana, siendo informado sobre la cirugía y su pronóstico, decidiendo no operarse.

El 5 de diciembre de 2007 cambia de opinión y es incluido en la lista de espera quirúrgica, firmando el consentimiento informado.

El 14 de enero de 2008, es intervenido por agujero macular ojo derecho, presentando además ambliopía por anisometría, siendo operado con vitrectomía más eliminación de membrana y pelado de limitante interna, prescribiéndose el decúbito prono de forma obligatoria. La intervención cursó con normalidad, reaplicándose el agujero macular, estado que quedó confirmado en exploración realizada el 10 de marzo de 2008 (folio 29 del expediente).

El 15 de enero de 2008 se anota en la historia que el paciente “*no ha realizado el decúbito prono*” (resaltado en mayúsculas en el original y con signos de exclamación) explicando el propio paciente que mantener dicha postura le resultaba muy difícil. Se insiste en la necesidad de cumplir dicha

medida con mala aceptación por parte del paciente (también resaltado en mayúsculas en el original, folios 27-28).

El 30 de enero de 2008 se pauta preparar al reclamante para operación de cataratas de ojo izquierdo.

En febrero de 2008 se advierte al paciente que en el ojo izquierdo tiene anisometría y que siempre verá poco con ese ojo (folio 32).

El 29 de abril se suspende la operación de cirugía de catarata en ojo izquierdo por presentar blefarconjuntivitis pautándose tratamiento. Es intervenido el 20 de junio de 2008.

Existen consentimientos informados de anestesia y para la intervención ocular.

En la historia clínica de la Fundación A, consta que el paciente presentaba paresia del recto superior izquierdo por probable neuropatía isquémica diabética, personalidad borderline, obesidad mórbida e insuficiencia vascular.

TERCERO.- Por los hechos expuestos en los antecedentes se ha instruido el pertinente expediente de responsabilidad patrimonial de conformidad con los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

CUARTO.- Al expediente administrativo se ha incorporado el informe de la Inspección Médica con fecha 31 de enero de 2011. Se analiza primeramente la patología del paciente con carácter general, agujero macular, indicando que ha sido reconocido desde hace muchos años como

una causa de pérdida de agudeza visual central, siendo la etiología más frecuente la degeneración senil del vítreo, causa a la que cabe añadir los traumas oculares, la miopía y la retinopatía diabética. La única alternativa terapéutica es la intervención quirúrgica sin que suponga seguridad en la recuperación. Se aborda asimismo el análisis del caso concreto afirmando: *"Tal y como se había señalado anteriormente, el paciente tuvo, dificultades para mantener el decúbito prono pero pese a todo y a pesar que tuviera dichas dificultades, entendemos que el paciente presentaba unas condiciones generales y una patología específica de muchos años de evolución que hacían muy complicada su recuperación en el caso de haber existido"*, estableciendo como conclusión final del informe: *"A la vista de la documentación que existe en el expediente, consideramos que el paciente fue atendido correctamente y se le ofreció una alternativa terapéutica que aceptó, siendo consciente, a su nivel, del bajo resultado que la misma podía ofrecer debido a la patología que presentaba"*.

El 1 de diciembre de 2010, el Jefe de Servicio de Oftalmología del Hospital Universitario Puerta de Hierro emite informe en el que describe la atención prestada al reclamante en los siguientes términos:

"1. Paciente remitido desde el ambulatorio de Arguelles al Hospital Puerta de Hierro con el diagnóstico de agujero macular OD.

2. Agudeza visual:

OD:0,1

OI:0,15

2. (sic) En exploración se objetivan las siguientes patologías (14-3-2007):

-Agujero macular OD. Alteración del epitelio pigmentario a nivel foveolar+pliegue epiretiniano que se extiende a arcada temporal inferior.

- *Ambliopía OI*

- *Anisometropía.*

Se propone al paciente intervención quirúrgica de su agujero macular constando en la historia clínica que al explicarle al paciente el pronóstico de la cirugía propuesta el paciente decide no operarse por el momento (el agujero macular origina una destrucción del centro de la visión y la posible recuperación es siempre incierta y limitada).

3. El paciente acude de nuevo a consulta el 5-12-2007 siendo de nuevo operado con confirmación de los mismos diagnósticos de la revisión anterior.

Es intervenido con fecha 14-1-2008 con la técnica descrita en el informe adjunto. La intervención cursa dentro de la normalidad lográndose la reaplicación del agujero macular situación anatómica confirmada el 13-3-2008.

4. Con fecha 20-6-2008 es intervenido de catarata OI.

5. El paciente presenta una diplopía que ha sido tratada con prismas.

El origen de esta diplopía en opinión de la Dra. H. y tal como consta en la historia clínica es posiblemente isquémica. La existencia de una anisometropía es otro de los factores que pueden originar o acrecentar la diplopía.

Es sabido que la recuperación visual de un agujero macular es muy limitada al existir una pérdida anatómica del tejido retiniano central que desaparece físicamente de forma que la intervención solo logra reaplicar los bordes del agujero siendo la recuperación visual en muchos casos muy baja y sin que existan tratamientos que puedan solucionar este problema. la existencia de una anisometropía disminuye su capacidad de fusión y por tanto favorecer la aparición de diplopía.

La especialista en neuroftalmología señala el origen de la diplopía en una causa isquémica.

Es necesario señalar que en las intervenciones realizadas al paciente no se abordan los músculos extrínsecos, no siendo por tanto sometidos a ningún tipo de acción quirúrgica que pudiera originar lesión en los mismos en relación con la intervención" (en mayúsculas en el original).

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido trámite de audiencia con fecha 17 de mayo de 2011 al reclamante sin que conste que se hayan aportado alegaciones.

El 22 de junio de 2011, la Secretaria General del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria que fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el 13 de julio de 2011.

A la vista de los hechos anteriores, cabe hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- El reclamante está legitimado activamente para reclamar en función de los daños supuestamente sufridos en la operación oftalmológica a la que fue sometido.

La reclamación se formula por C.G.R. en representación del reclamante aportando para acreditar dicha representación, a los efectos del artículo 32 de la LRJ-PAC, un documento privado firmado por el reclamante habilitando para actuar como representantes a C.G.R. y a M.R.M., abogados colegiados del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Este Consejo ha rechazado en numerosas ocasiones el que un mero documento privado sirva para acreditar, a los efectos del artículo 32 de la LRJ-PAC, la representación en los procedimientos administrativos. Así, el Dictamen 246/10, de 28 de julio de 2010 recoge que *“Este Consejo respalda la propuesta de resolución, considerando que sólo puede atenderse a la reclamación presentada inicialmente por D.M.E.B. Tal y como venimos señalando de forma reiterada, la mera autorización por escrito para el ejercicio de acciones no es suficiente de conformidad con el artículo 32.3 de la LRJ-PAC, que al efecto dispone: “Para formular solicitudes deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”.*

La reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es una solicitud de inicio de un procedimiento de acuerdo con la definición de solicitud del artículo 70 de la LRJ-PAC, razón por la cual si una persona actúa en nombre y representación de otra debe aportar poder suficiente para ello u otorgar dicha representación en comparecencia personal ante funcionario público.

En interpretación del artículo 32.3 de la LRJ-PAC, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 1 abril de 2004, JUR\2005\3060, confirmando una resolución administrativa en la que no se admitía la representación otorgada a un abogado mediante documento privado, señala que: “El adjetivo fidedigna,

significa para la Real Academia Española de la Lengua digno de fe y de crédito. Como la propia sentencia indica los documentos privados solo producen efectos entre las partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil, pero no respecto de terceros, como es la Administración. Pero es que además el precepto no es sino una garantía de los ciudadanos, evitando así la legislación la posibilidad de que sean sorprendidos por el ejercicio ajeno de sus propias acciones.”

El cumplimiento de las formalidades referidas se hacen especialmente exigibles en el presente caso, dadas las dificultades de comprensión que presenta el paciente y que han sido puestas de manifiesto en la historia clínica, motivo por el cual, la Administración deberá requerir a la persona que ha interpuesto la reclamación para que, al amparo del artículo 32.4 de la LRJ-PAC, pueda acreditar la representación conferida ya sea mediante escritura pública de poder o por comparecencia *apud acta* ante funcionario, con los efectos sanadores previstos en dicha norma: *“La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conferir al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran”*.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño al formar parte el Hospital Universitario Puerta de Hierro de la red de hospitales públicos de la Comunidad de Madrid.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación aplicable. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los

artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 de la LRJ-PAC.

Igualmente, constan en el expediente el informe de la Inspección Médica y un informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad evacuado al amparo del artículo 4.3 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. En el presente supuesto, la operación de vitrectomía tuvo lugar el 14 de enero de 2008 si bien el día 18 de mayo de 2010, en la Fundación A, se confirma que presenta un agujero macular en ojo derecho grado 4, por lo que, realizando una interpretación no restrictiva de la prescripción, puede considerarse esa fecha como la de la estabilización de su patología y por tanto la reclamación, interpuesta el 16 de noviembre de dicho año, estaría en plazo.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el Título X, Capítulo Primero y en la Disposición Adicional decimosegunda de la LRJ-PAC y en el RPRP. Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008-, esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, son precisos los siguientes requisitos: 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) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

De acuerdo con las reglas de la carga de la prueba que en materia de responsabilidad patrimonial, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae sobre quienes la reclaman (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000–, entre otras).

Por lo que se refiere a las características del daño causado, este ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

QUINTA.- En concreto, en la materia sanitaria la jurisprudencia ha matizado el principio general de carga de la prueba *onus probandi incumbet qui agit* recogido en el actual artículo 217 LEC y, anteriormente, en el artículo 1214 CC ya derogado.

Esa matización se basa en la necesidad de modular la carga de la prueba por cuanto la Administración sanitaria dispone de una mayor facilidad de prueba. Por ello, como señala la Sentencia de 9 de abril de 2008 (Recurso 6580/2004) en su F.J. 4º *“Pues bien, constituye jurisprudencia consolidada que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, o como dice la sentencia de 18 de octubre de 2005, la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración por lo que no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa; en el mismo sentido la sentencia de 7 de septiembre de 2005, entre otras muchas. Ello es distinto de los supuestos en que se invoca la existencia de fuerza mayor o en general la ruptura del nexo causal como causa de exoneración de la responsabilidad de la Administración, que esta debe acreditar para que tal causa de exoneración resulte operativa (SS.24-2-2003, 18-2-1998, 15-3-1999). En materia de prestación sanitaria se modera tal exigencia de prueba del nexo causal en aplicación del principio de facilidad de la prueba, a que alude la jurisprudencia (Ss. 20-9-2005, 4-7-2007, 2-11-2007), en el sentido que la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el reclamante para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica, principio que, como señala la citada sentencia de 4 de julio de 2007, “obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por*

disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica”. Pero no es este el caso contemplado en la sentencia de instancia, en la que por un lado, la Administración aporta elementos de prueba sobre la adecuada actuación médica, necesidad de tratamiento y sometimiento a las pruebas existentes sobre la determinación del virus VHC en las donaciones de sangre que dieron lugar a las transfusiones efectuadas a la reclamante, y por otro lado no se atribuye o imputa a la parte recurrente la carga de acreditar dicho nexo causal sino que descarta el mismo mediante la valoración de las pruebas incorporadas a las actuaciones y de las que dispone al efecto, entre las que se encuentran los referidos informes administrativos oportunos junto a las practicadas en el proceso a instancia de la parte.”

De igual forma, en la asistencia sanitaria se ha indicado que la Administración no causa un daño antijurídico si su actuación no ha sido efectiva, pese a haberse aportado los medios necesarios actuando conforme la *lex artis*. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (Recurso 2192/2010), recuerda que “... frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a

*la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.*

En otros términos, que la Constitución determine 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", lo que es reiterado en la Ley 30/1992, RJAP y PAC , con la indicación que "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas", no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento".

La *lex artis* es definida en la Sentencia de 19 de junio de 2008 (Recurso 2364/2004) indicando (FJ 4º), que “Según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la *lex artis* cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate”.

SEXTA.- En su escueto escrito de reclamación, el reclamante se limita a describir la asistencia sanitaria recibida y a afirmar que: *"Todo ello le ha supuesto a P.P.M. la pérdida casi total de la visión que conlleva un importante perjuicio, en tanto que la vista constituye uno de los sentidos más preciados por el ser humano y, por ello cuantificamos el daño sufrido por P.P.M como consecuencia de las intervenciones quirúrgicas realizadas en el Hospital Universitario Puerta de Hierro, tanto material como moral en la cantidad global de SESENTA MIL EUROS (60.000,00 €) "*.

Así pues, la reclamación adolece de una falta absoluta de justificación en cuanto a la producción de un daño antijurídico y a la imputación del mismo a la actividad de los servicios sanitarios públicos como consecuencia de un incumplimiento por estos de la *lex artis*.

La lectura de la reclamación sugiere que el reclamante entiende que, puesto que la operación para la reducción del agujero macular y la posterior operación de cataratas no obtuvieron los resultados deseados, ello basta para generar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, como se ha expuesto, la jurisprudencia exige para reconocer esa responsabilidad en el ámbito sanitario, el que se haya producido un incumplimiento de la *lex artis*, entendiendo que la asistencia sanitaria que han de prestar los servicios sanitarios públicos no genera una obligación de resultado sino de medios. Como recuerda la Sentencia de 2 de octubre de 2007 (Recurso 9208/2003) *"Tal doctrina ha de matizarse por referencia a la distinción entre medicina curativa y medicina satisfactoria, que como señala la sentencia de 3 de octubre de 2000 (Rc 3905/96), consiste, "a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la*

diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.

Esta distinción, aplicada al campo de la cirugía, ha permitido diferenciar entre una "cirugía asistencial" que identificaría la prestación del profesional con lo que, en el ámbito del Derecho privado, se asocia con la "locatio operarum" y una "cirugía satisfactiva" (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que la identificaría, en el mismo terreno de las relaciones entre particulares, con la "locatio operis" esto es, con el reconocimiento del plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 11 de febrero de 1997, núm. 83/1997, rec. 627/1993) ”.

Es evidente que la cirugía oftalmológica realizada al reclamante entra dentro del concepto de la cirugía asistencial, en la que solo existe una obligación de medios y de actuación conforme la *lex artis*, por lo que acreditada la concurrencia de estos elementos en la prestación sanitaria, queda excluida la existencia de responsabilidad patrimonial.

En este sentido, el reclamante no llega ni siquiera a cuestionar que no se aportaran los medios adecuados o que existiera una mala praxis, en tanto que el informe del Jefe de Servicio de Oftalmología respaldado por el de la Inspección manifiestan que en todo momento se actúa conforme la *lex artis* en una cirugía que presenta unas posibilidades de éxito muy limitadas, situación que era conocida por el paciente, existiendo en la historia clínica datos acreditativos de la información suministrada al respecto al mismo en

presencia de su hermana ante las dificultades de comprensión de éste y que motivó el rechazo a ser intervenido en el año 2007. El éxito de la intervención a la que accedió someterse con posterioridad el 14 de enero de 2008, con ser muy remoto dada la existencia de una anisometropía que disminuye la capacidad de fusión del tejido retiniano y por tanto verse favorecida la aparición de la diplopía (informe del jefe de servicio de oftalmología de 1 de diciembre de 2010 citado), se vio comprometido, además por cuanto el reclamante no cumplió las indicaciones que se le realizaron de mantenerse en decúbito prono tras la intervención, y que se revelan de especial trascendencia.

Si, tal y como se ha analizado en las anteriores consideraciones jurídicas, el criterio rector a tener en cuenta al respecto no es otro que la actuación médica ha de ser conforme a la *lex artis*, y ello ha sucedido así, en tanto en el expediente no nos encontramos con informe alguno que acredite que los facultativos hayan actuado con mala praxis, es más el relato histórico de los hechos, valorado conforme a la sana crítica, abona el criterio de actuación conforme a la *lex artis* y por tanto inexistencia de responsabilidad patrimonial de la administración pública.

A lo manifestado en favor de la falta de antijuridicidad en la patología visual que presenta el paciente, habrá de añadirse que en concreto en cuanto a la diplopía que aparece con posterioridad a la intervención, tanto el informe referido del servicio de oftalmología del Hospital Puerta de Hierro, como el emitido por el Servicio de neurología de la Fundación A (folio 67), señalan el probable origen isquémico de la misma, ajeno a la prestación sanitaria en la que además no se actuó sobre los músculos extrínsecos sin que por tanto se hubiese podido ocasionar una lesión en los mismos, lo que en definitiva supone la negación del nexo de causalidad entre el mencionado daño y la intervención quirúrgica desarrollada sobre el reclamante.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada al no concurrir los requisitos legales.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 28 de septiembre de 2011

