

Dictamen nº: **594/21**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.11.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 16 de noviembre de 2021, 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 relación con la reclamación formulada por D. y Dña., (en adelante “*los reclamantes*”) por los daños y perjuicios que atribuyen a un retraso diagnóstico de una catarata congénita a su hija,, en el Hospital Universitario del Tajo (HUT) y en el Hospital Universitario Severo Ochoa (HUSO).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los reclamantes, asistidos por un abogado colegiado, presentaron el 17 de abril de 2020 en el registro electrónico de la Comunidad de Madrid un escrito en el que formulan una reclamación por la atención sanitaria prestada en los citados hospitales.

En concreto, relatan que la hija de los reclamantes nació en el HUT el 9 de enero de 2017 en la semana 33+6 de gestación con 1.130 gr y antecedentes familiares de ambliopía, estrabismo y miopía alta.

A las cinco horas de vida fue derivada al HUSO donde ingresó en la UCI de neonatos por prematuridad y dificultad respiratoria. Permaneció en la UCI hasta el 11 de febrero y los reclamantes ya advirtieron que a la niña se le torcía el ojo derecho.

A alta se le indicó que debía acudir a varios especialistas, pero no se mencionó la revisión por Oftalmología.

En la revisión por Neuropediatría el 8 de mayo de 2017 se anotó que (los padres) “*creen que oye y ve bien*” pero que no había sido valorada por Oftalmología. La reclamación critica que el facultativo se basase solo en la apreciación de los padres.

En la consulta de Neonatología el 14 de junio de ese año se anotó que los padres sospechaban que “*mete el ojo derecho*” pero no se derivó a Oftalmología.

Es vista por Neuropediatría el 19 de septiembre indicándose de nuevo que no ha sido valorada por Oftalmología.

Siguió acudiendo a revisiones los meses siguientes sin ser derivada a Oftalmología.

El 4 de abril de 2018 en consulta de seguimiento (la reclamación no indica la especialidad) y a insistencia de los padres (la madre cree que el ojo derecho presenta cierto estrabismo) sí fue derivada a Oftalmología.

El 25 de mayo de 2018 Neurología recoge que no ha sido valorada por Oftalmología.

Es vista por este último servicio el 9 de julio “*por impresionar estrabismo*” pero el facultativo no realiza ningún fondo de ojo y se limitó a diagnosticar sospecha de epicantus y orzuelo parpado inferior del ojo derecho. Se pautaron toallitas de lephanet y revisión el 13 de febrero de 2019.

Según los reclamantes puesto que hay casos de epicantus que también tienen estrabismo deber explorar al niño un oftalmólogo pediátrico con valoraciones repetidas dado el riesgo de estrabismo.

En diciembre de 2018 al torcer el ojo a diario los padres deciden acudir a un oftalmólogo privado que ve a la menor el 21 de enero de 2019. En esa consulta se confirma la existencia de estrabismo en el ojo derecho y catarata congénita.

A continuación, la reclamación realiza una serie de consideraciones sobre las cataratas congénitas (origen, clases, enfermedades relacionadas).

Continúa la reclamación indicando que los reclamantes acudieron al HUSO para adelantar la cita en Oftalmología que se pasó al 28 de enero.

En esa cita se dilató el ojo y se indicó una dudosa opacidad del cristalino por lo que se derivó al Hospital Universitario 12 de Octubre para estudio de catarata.

El 11 de abril fue vista en Oftalmología de ese hospital y se indicó catarata congénita de ojo derecho polar posterior. Se indicó cirugía, pero se manifestó que no habría soporte para lente intraocular por la extensión de la catarata y que sería necesaria lente de contacto.

Los reclamantes acudieron a un centro privado en Barcelona que recomendó aspiración de cristalino y capsulorrhexis posterior con vitrectomía central con implante de lente intraocular en su ojo derecho. Se explica el pronóstico visual reservado por diagnóstico tardío de la catarata y las necesidades de una estricta rehabilitación visual postoperatorio con gafas y terapia de oclusión.

La intervención se realizó el 16 de mayo realizando vitrectomía anterior y facoemulsificación del cristalino con implante de lente

intraocular. El 27 de junio de 2019 se procedió a quitar las suturas corneales. Se siguieron controles postoperatorios y se pautó el uso de gafas además de parches durante 5-6 horas al día. Según los reclamantes en el último informe de ese centro se señaló que el pronóstico visual del ojo intervenido depende en parte de la edad en que se diagnostica y de la intervención, siendo mejor a edades más tempranas y, siendo de vital importancia la rehabilitación visual tras la operación con controles periódicos.

Adjuntan un informe pericial de un oftalmólogo que concluye que en la atención de la niña se incumplieron los protocolos de la Sociedad Española de Neonatología (SEN). También en la valoración en el HUSO se incumplió la *lex artis* al no realizar un fondo de ojo y no diagnosticar el estrabismo.

Al no remitir a la niña al oftalmólogo el primer mes de vida, se evitó que se le diagnosticara de la catarata congénita provocando una pérdida de oportunidad de ser tratada precozmente y llegar a obtener una agudeza visual elevada en ojo derecho. Las probabilidades de que desarrolle visión en el ojo derecho tras más de dos años sin ver por la catarata, es muy improbable aun habiendo sido operada de catarata, al haber faltado un estímulo luminoso intenso y enfocado.

Por ello la reclamación efectúa los siguientes reproches:

-Incorrecto manejo de la paciente que conllevó un retraso diagnóstico de la catarata congénita.

El pediatra de Atención Primaria debía haber confirmado que se realizó el cribado para retinopatía de la prematuridad y en caso contrario haber remitido a la niña a Oftalmología.

Cuando fue vista por un oftalmólogo (18 meses después) no se le dilató la pupila ni se le exploró el fondo de ojo lo que retrasó el

diagnóstico de la catarata hasta que en enero de 2019 fue vista por un oftalmólogo privado.

Aplicando el baremo establecido para las víctimas de accidentes de tráfico reclama las siguientes cantidades:

Indemnizaciones por lesiones temporales

*Perjuicio personal

Perjuicio personal básico y por pérdida de calidad de vida

799 días perjuicio personal básico (30,07 €/día) 24.025,93 euros

Perjuicio personal particular

Intervención quirúrgica 1.600 euros

*Perjuicios patrimoniales

Gastos de asistencia sanitaria 7.914 €

Gastos diversos resarcibles 2.143,73 €

*Indemnizaciones por secuelas

Perjuicio personal

Perjuicio personal básico

Perjuicios anatómico-funcionales 89 puntos 313.383,67 €

Perjuicios estéticos 6 puntos 6.078,08 €

Perjuicios personales particulares

Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida. Leve 15.037 €

Total: 370.182,41 euros.

Considera que procede la responsabilidad de la Administración tanto por aplicación de la normativa de responsabilidad patrimonial y la figura jurisprudencial de la pérdida de oportunidad como por la normativa de consumidores y usuarios.

Acompañan copia del libro de familia, diversa documentación médica, facturas, informe pericial emitido por un oftalmólogo, protocolo de la SEN para el seguimiento de los recién nacidos menores de 1.500 g o menores de 32 semanas de gestación y solicita copia de la póliza del seguro de responsabilidad civil de la Administración.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo al que se han incorporado la historia clínica del HUSO y del Hospital Universitario 12 de Octubre ha puesto de manifiesto los siguientes hechos.

La hija de los reclamantes nació el 9 de enero de 2017 en el HUT mediante cesárea urgente por pérdida del bienestar fetal y con bajo peso para la edad gestacional (33+5 semanas y peso 1130 gramos).

Requirió intubación inicialmente en quirófano por saturaciones menores de 70% y escaso esfuerzo respiratorio. Se extubó accidentalmente comenzando con esfuerzo respiratorio efectivo y llanto, con saturaciones por encima del 90% con FiO2 ambiente. En la Unidad de Neonatos iniciaron soporte respiratorio manteniendo saturaciones del 100%, por lo que estuvo con el mismo un total de 4 horas, no requiriendo con posterioridad reiniciar de nuevo el soporte ventilatorio.

A las 6 horas de vida fue trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivos pediátricos del Hospital Severo Ochoa. La paciente permaneció ingresada un mes, siendo dada de alta el 11 de febrero de 2017.

Al alta fue derivada a consultas de Neonatología para seguimiento de la prematuridad, Cardiología Infantil y Neuropediatría, además de a su pediatra del Centro de Salud para realizar los controles evolutivos correspondientes.

También la derivaron al Centro Regional de Coordinación y Valoración Infantil (CRECOVI) para valoración en un centro de atención temprana. Respecto a las consultas de cardiología infantil, la paciente realizó seguimiento por presentar un foramen oval permeable, siendo dada de alta tras varias revisiones, ya que se encontraba asintomática desde el punto de vista cardiológico y no presentaba cardiopatía estructural ni funcional.

En relación con el seguimiento realizado por Neonatología y Neuropediatría, el 8 de mayo de 2017 acudió a la consulta del neuropediatra constando en la historia que “*sigue con la mirada*” “*creen que ve y oye bien*”. En la exploración física presentaba “*pupilas isocóricas y normorreactivas*”, “*fija y sigue con la mirada entre 150°*”. En esa visita se señaló que no había sido valorada por Oftalmología.

Posteriormente, el 14 de junio de 2017, acudió a consulta de Neonatología. En la historia clínica se reflejó que los padres “*sospechan que mete el ojo derecho*”.

En ese momento no se tomó ninguna medida al respecto, pero sí la citaron para realizar un control a los 5-6 meses, además de los controles por el resto de especialistas antes mencionados.

En los evolutivos de la consulta de Neuropediatria del 18 de septiembre de 2017, consta que “*creen que oye y ve bien*”.

Acudió a control de Neonatología el 4 de octubre de 2017. Ese día no consta ninguna referencia a la visión en la historia clínica.

El 4 de abril de 2018 volvió nuevamente a revisión en Neonatología y se recoge que “*la madre cree que el ojo derecho tiene la mirada con cierto estrabismo*”. Es en ese momento, con 14 meses de edad cronológica, cuando derivaron a la paciente a oftalmología.

Volvió a la consulta de Neuropediatria el 21 de mayo de 2018, constando en la exploración que tenía “*buen contacto visual*”. Se anota que no ha sido valorada por Oftalmología (folio 708).

El 9 de julio de 2018 acudió a la interconsulta con Oftalmología en el Hospital Severo Ochoa “*por impresionar de estrabismo*”. En la historia clínica se reflejó “*sospecha de epicantus*” “*buena motilidad ocular de ambos ojos*” así como que “*solo se puede explorar motilidad. Para agudeza visual no colabora*”, siendo el diagnóstico “*sospecha de epicantus y orzuelo parpado inferior de ojo derecho*”.

Entre las actuaciones del oftalmólogo, se derivó a la paciente a la consulta de Estrabismo.

Acudió a dicha consulta el 6 de agosto de 2018, un mes después. En la historia clínica aparece que “*la madre le nota que desvía el ojo derecho*”. Para la agudeza visual la niña no colabora. Le realizaron una esquiascopia, observando un “*punto neutro +1.0DE, de momento no gafas*”. Citaron para control en 6 meses. Se entrega test de Pigassou.

El 23 de enero de 2019 la paciente “*acude con informe de oftalmólogo privado, donde se apunta a una catarata congénita de ojo derecho probable*”, motivo por el cual le adelantaron la cita que tenía el 13 de

febrero 2019 al 28 de enero de 2019. En la reclamación se aporta informe de julio de 2019, en el que consta que la paciente fue vista por primera vez el 21 de enero 2019 y que presentaba “*exoforia de -20º con discriminancia de ojo izquierdo y catarata congénita unilateral*”.

En la consulta del 28 de enero de 2019 le dilataron el ojo derecho, observando una “*dudosa opacidad del cristalino. Se deja explorar mal, envío para estudio de catarata de ojo derecho con anestesia general*”.

Esta derivación se hace al Hospital Universitario 12 de octubre, acudiendo a la cita el 7 de marzo de 2019. Se anota que los padres refieren estrabismo de ojo derecho (EXO) desde el nacimiento, pero la derivan al oftalmólogo al año y medio de vida (orzuelo y epicantus) en agosto 2018. En diciembre de 2018 el estrabismo era constante, van a un privado en Aranjuez que diagnostica de catarata congénita. De nuevo vista en HUSO presenta dudosa catarata. En la exploración se confirma que la niña presenta una catarata polar posterior en el ojo derecho. Según consta en el informe “*se explica indicación de cirugía de catarata OD. Cito para reevaluación y decisión quirúrgica*.”

Se citó a la paciente el 4 de abril de 2019 para valoración de la agudeza visual. “*Se explica nuevamente que es difícil saber cuánta AV le quita este tipo de catarata a la niña (no colabora para toma de AV), aunque el hecho de tener una exoforia/tropia indica que algo de AV sí que le quita. Se explica que el pronóstico visual es muy incierto*”. En esa visita se incluyó a la niña en lista de espera quirúrgica para cirugía de catarata.

Por otro lado, en un informe de un centro privado de Barcelona con fecha 6 de mayo de 2019, figura como diagnóstico realizado en dicho centro un “*lenticono posterior con opacidad de capsula posterior en su ojo derecho (catarata congénita). Exotropia sensorial derecha*”.

Es intervenida en ese centro el 16 de mayo.

El 28 de mayo de 2019 se anota en la historia clínica que “*se le llama el 22 de mayo para realizar biometría para el cálculo de la LIO...con fecha de posible cirugía el 31 de mayo. Cuenta la familia que la niña ya ha sido intervenida en la privada hace unos días*”.

El 10 de enero de 2020, en la consulta de Neuropediatria, se recoge que ha sido “*intervenida de catarata congénita en ojo derecho en mayo de 2019 en Barcelona. No hay otros casos en la familia y piensan que es por prematuridad*”.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

El 10 de marzo de 2020 se comunica a los reclamantes, a través del abogado designado para la práctica de notificaciones, el inicio del procedimiento, el plazo máximo para resolver y el sentido del silencio. Respecto a la solicitud de la póliza del seguro se le facilita un enlace a la web del portal de contratación de la Comunidad de Madrid.

El 24 de marzo de 2020 emite informe el jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del HUT en el que expone la asistencia prestada por su servicio que considera impecable. Aporta protocolos del HUT ante el crecimiento uterino retardado y de la Sociedad Española de Ginecología para el crecimiento uterino restringido.

El 8 de mayo de 2020 se comunica a los reclamantes el inicio del procedimiento y un vínculo donde pueden descargar la póliza del seguro solicitada.

El 19 de mayo de 2020 la aseguradora del SERMAS acusa recibo de la reclamación.

El 8 de junio de 2020 emite informe el jefe de Sección de Oftalmología del HUSO.

Destaca que la primera atención se prestó el 9 de julio de 2018 por posible estrabismo. Se diagnosticó epicantus y un orzuelo y se citó a la paciente a la consulta de estrabismo. En esta el 6 de agosto de ese año, la familia refirió que la niña metía el ojo derecho. Se objetivó un epicantus pero también se hizo constar que la paciente tenía una motilidad ocular extrínseca normal, que no colabora (normal por su edad) y al hacer la esquiascopia y por tanto dilatar la pupila, se aprecia un punto neutro de +1.0 dioptría, normal para su edad por lo que no se recomiendan gafas. Se entrega un test de Pigassou para que la niña se vaya familiarizando con los dibujos y así poder valorar su agudeza visual en revisión a los seis meses.

Por ello no se vulnera la *lex artis* ya que para hacer la esquiascopia (determinación de la refracción del niño) se precisa dilatar la pupila. Por lo demás la exploración retiniana era normal como se apreció en exploraciones posteriores.

La siguiente revisión fue el 28 de enero de 2019, siete días después de haber acudido a un oftalmólogo privado que diagnosticó la catarata y quince días antes de la cita que tenía prevista. En ese momento se aprecia una dudosa opacidad cristaliniana y ante la dificultad que plantea la exploración en niños tan pequeños se deriva al Hospital Universitario 12 de Octubre para ser explorada bajo anestesia general. En dicho hospital el 11 de abril de 2019 se confirma la catarata polar posterior.

En Barcelona fue diagnosticada de lenticono posterior en ojo derecho con opacidad de cápsula posterior amplia en el área del lenticono que, pese a todo, permite una correcta visualización de la retina. También se diagnostica una exotropía intermitente de ángulo variable (exotropía

sensorial derecha) en la que el ojo se desvía hacia fuera cuando los padres habían comentado que la niña metía el ojo hacia adentro.

En cuanto a la invocación de los protocolos de la SEN destaca que son unos criterios generales para que cada unidad establezca sus propios criterios de cribado en función de cada recién nacido. De forma habitual, un facultativo de retina especializado en retinopatía del prematuro revisa pacientes en Neonatología cuando es requerido.

Explica que el lenticono (abombamiento posterior del cristalino con alto poder ampliopizante) es difícil de diagnosticar en niños tan pequeños por falta de colaboración y por su carácter progresivo produciendo importantes aberraciones ópticas. El promedio de edad de diagnóstico es de 3.5 a 5.5 años. En ocasiones se acompaña de cataratas congénitas (desde el nacimiento) o en los primeros años de vida (cataratas infantiles). Raramente un niño con lenticono posterior muestra leucocoria (pupila blanca) puesto que rara vez el tamaño de la opacidad es mayor de 3 mm y la densidad suele ser muy baja. Además, tiene un patrón muy característico de “*movimientos en tijera*” en la esquiascopia.

Los niños con bajo peso al nacimiento tienen mayor riesgo de cataratas bilaterales, pero no unilaterales según algunos estudios. Es cierto que su pronóstico depende del momento en el que se desarrolle la patología, de cuando se diagnostica, de la magnitud y de la rehabilitación visual.

La cirugía y su seguimiento es compleja con posibilidad de múltiples complicaciones por lo que hay que ser prudentes a la hora de recomendar la intervención que puede ser necesaria en cataratas manifiestas, pero no en cataratas menos llamativas que pueden justificar una actitud conservadora. Con independencia del tratamiento el resultado será una disminución de la capacidad funcional del ojo.

En el caso de la hija de los reclamantes no se objetivó catarata ni alteración retiniana en la exploración a los 19 meses y la esquiascopía descartó un lenticino, al menos manifiesto dado que se trata de una patología rara que se diagnostica a edades más tardías. En la exploración siguiente aparece una dudosa opacidad cristaliniana y dos meses y medio después se confirma la catarata. Tanto el lenticino como la catarata asociada tienen una evolución progresiva que les hace ser más evidentes en fases más avanzadas, pero siendo el impacto sobre el desarrollo sensorial del ojo menor en fases más precoces.

Emiten informe conjunto sin fecha el jefe de Sección de Neonatología y el jefe de Servicio de Pediatría del HUSO.

Exponen que las cataratas congénitas se sospechan e investigan en caso de que el recién nacido presente lesión ocular o historia compatible con infección connatal, como es en el caso de que la madre padezca rubeola o toxoplasmosis en el embarazo, así como infección por citomegalovirus, pudiendo producirse otras alteraciones incluidas lesiones cerebrales.

En este caso se descartó infección connatal, dentro del estudio del retraso del crecimiento intrauterino y la madre presentaba datos serológicos compatibles con inmunización para rubeola y la serología del primer y tercer trimestre del embarazo reflejaba que no había padecido toxoplasmosis. Además, se descartó en las primeras semanas de vida de la niña infección connatal por citomegalovirus. Asimismo, las ecográficas cerebrales fueron normales, con ausencia de imágenes sugestivas de infección por toxoplasma y citomegalovirus.

Tampoco la exploración física, como la evolución neurológica y somatométrica permitieron sospechar presencia de ninguna alteración cromosómica, supuesto en el que también se debe realizar estudio oftalmológico.

Consideran que el problema de la hija de los reclamantes es más de retraso de crecimiento intrauterino que de prematuridad que califican de moderada. En la gestación se observó desviación de las curvas normales de crecimiento fetal en la semana 32 del embarazo. Ello permite entender que probablemente el bajo peso esté en relación con insuficiencia placentaria causada por múltiples factores (edad, tabaquismo, etc.).

Este bajo peso, en relación probable con una alteración de la unión fetoplacentaria a partir de la 32 semana, puede explicar la rápida recuperación del peso y sobre todo la talla y el perímetro cefálico en la edad postnatal, lo que conlleva mejor pronóstico, en relación a otras causas de bajo peso. Aun así, se estudió a la niña para descartar otras causas de bajo peso y retraso del crecimiento intrauterino, como las infecciones connatales, descartándose esta etiología.

En cualquier caso, la catarata congénita unilateral, no ha sido vinculada etiológicamente a la prematuridad según bibliografía citada en el informe.

La etiología de la retinopatía del prematuro es de origen multifactorial, siendo la inmadurez el factor de riesgo más importante el estudio oftalmológico para descartar retinopatía basado en el peso al nacer exclusivamente, sin tener en cuenta la edad gestacional del prematuro, es una recomendación que debe individualizarse, ya que la exploración no está exenta de riesgos.

Los especialistas que atendieron a la niña no apreciaron ningún problema oftalmológico hasta el 4 de abril de 2018. No constan problemas oculares con anterioridad y de hecho los padres afirmaban que creían que oía y veía bien. Manejaba ambas manos y su neurodesarrollo evolucionó con normalidad.

La metodología de trabajo de esos servicios consiste en recoger en la historia clínica todos los comentarios realizados por los padres,

especialmente los referidos a cualquier alteración del paciente. En cambio, no consta en ninguna de las sucesivas visitas realizadas por los distintos especialistas ninguna referencia de los padres relativa a alteraciones visuales. La primera vez que los padres refirieron estrabismo, a los 13 meses y medio de edad corregida, se constató en la exploración física un mínimo estrabismo en el ojo derecho, se recogió en la historia y se remitió a la consulta de Oftalmología ese mismo día (04-04-2018). Posteriormente fue diagnosticada de dudosa catarata derecha y fue derivada a Oftalmología del Hospital Universitario 12 de Octubre para valoración bajo anestesia. En este centro el Servicio de Oftalmología indicó cirugía para la resolución de la catarata polar posterior derecha.

El 21 de abril de 2021 emite informe la Inspección Sanitaria en el que, tras exponer la asistencia sanitaria prestada, considera que, si bien no se realizó el cribado de retinopatía recabado por la SEN, lo más probable es que de haberse realizado según las recomendaciones, habría acabado antes de que la niña desarrollase la catarata.

Destaca que en la primera visita a Oftalmología el 19 de julio de 2018 se detecta un posible epicantus que pueda dar la impresión de un estrabismo por lo que es recomendable realizar una valoración en consulta de Estrabismo lo que tuvo lugar un mes después en la que, al visualizar el fondo de ojo, no se aprecia ninguna opacidad del cristalino y se cita para control en seis meses. A los seis meses acuden a un oftalmólogo privado que diagnostica la catarata y posteriormente acuden para su tratamiento a un centro público y a un centro privado barcelonés.

En dicho centro se diagnosticó lenticoco posterior y una exotropía sensorial derecha que llama la atención de la inspectora ya que lo que venían observando los padres es que la niña metía el ojo hacia dentro. En un informe posterior del Hospital Universitario 12 de Octubre fechado en marzo de 2019, se indica que en diciembre de 2018 el estrabismo era

constante, lo que hace pensar que pudiera ser una sintomatología desarrollada por posterioridad.

Por ello considera que la catarata debió desarrollarse de forma aguda en pocos meses ya que de existir en la cita de Oftalmología de agosto de 2018 se habría detectado. Existen referencias bibliográficas de desarrollo rápido de estas cataratas.

Por ello considera que, aunque no se siguieron las recomendaciones de la SEN, ello no influyó en el diagnóstico ya que la catarata se formó con posterioridad al tiempo que, previsiblemente, la paciente habría estado bajo controles oftalmológicos por la retinopatía del prematuro, puesto que en la primera visita con Oftalmología en agosto de 2018 no se apreció ninguna catarata, pero sí en enero de 2019.

Por todo ello considera que la asistencia se ajustó a la *lex artis*.

El 12 de julio de 2021 se concede trámite de audiencia a los reclamantes que presentan escrito de alegaciones el 27 de julio.

En las mismas, critican el informe de la Inspección que considera mediatizado por los de los servicios ya que la inspectora no es especialista. Por ello afirma que ha pedido ampliación del informe pericial aportado con la reclamación.

El perito afirma que la esquiascopia no es un fondo de ojo, faltando el inspector a la verdad y afirma que la esquiascopia, de hacerse se hizo mal. Por el contrario, el estrabismo se diagnosticó en un oftalmólogo privado y ni el estrabismo (ni la catarata) se diagnosticaron en el Sistema Nacional de Salud. El epicantus no daba la impresión de estrabismo, sino que lo tenía en realidad, la mala exploración del estrabismo refuerza que la esquiascopia se hizo mal.

A ello añade el abogado de los reclamantes que el informe del centro privado de Barcelona refleja que hubo un retraso diagnóstico.

Adjunta el informe pericial anteriormente aportado con un añadido del perito comentando el informe de la Inspección.

El 6 de septiembre de 2021 la Inspección Sanitaria emite informe ampliatorio en el que indica que en el informe inicial no se afirma que la esquiascopia sea lo mismo que el fondo de ojo. La esquiascopia es una técnica de exploración oftalmológica para determinar el defecto de refracción del ojo, que, en base a las averiguaciones realizadas para elaborar el informe, requiere para su realización el uso de colirios ciclopéjicos para dilatar la pupila, por lo que con esta prueba podría haberse observado la presencia de una catarata si la hubiera habido. El médico perito en su informe también explica sobre la esquiascopia que "*puede a veces ayudar a diagnosticar catarata*". En conclusión, esto hace pensar que, si no se detectó la catarata en dicha exploración, es probable que fuera porque aún no se había desarrollado.

En todo lo demás se ratifica en su informe inicial.

El 22 de septiembre de 2021 se concede nuevo trámite de audiencia a los reclamantes que es notificado el 24 de ese mes.

El 28 de septiembre de 2021 los reclamantes presentan escrito de alegaciones en el que reiteran las críticas al informe de la Inspección. Niegan que la esquiascopia permita diagnosticar la catarata y que en su realización se utilicen de forma habitual dilatadores de la pupila y reiteran que debió realizarse un fondo de ojo y se reiteran en las conclusiones del informe pericial aportado.

Finalmente, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública formuló propuesta de resolución, de 5 de octubre de 2021, en la que

propone al órgano competente para resolver desestimar la reclamación al haberse ajustado la asistencia sanitaria a la *lex artis*.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 8 de octubre de 2021, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 16 de noviembre de 2021.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró 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, 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 (ROFCJA).

El presente dictamen se emite en plazo.

SEGUNDA.- Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en cuanto padres de la persona que recibió la asistencia sanitaria que consideran incorrecta y causante del daño.

Actúan, por tanto, de acuerdo con la representación legal que les atribuye el artículo 162 del Código Civil y acreditan su parentesco mediante fotocopias del libro de familia.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó por el HUSO que forma parte de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC.

En este caso, el día inicial del plazo vendría determinado por el alta hospitalaria en el centro privado de Barcelona el 16 de mayo de 2019 [sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2013 (rec. 3087/20112)], criterio que comparte la jurisdicción civil, así la sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 17 de abril de 2007 (rec. 2598/2002). De esta forma la reclamación presentada el 17 de abril de 2020 estaría formulada dentro del plazo legal.

En cuanto al procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la LPAC, se recabó el informe de los servicios de Oftalmología y Neonatología.

Igualmente se ha evacuado el informe de la Inspección Sanitaria.

De conformidad con el artículo 82 de la LPAC se ha concedido el trámite de audiencia a los reclamantes.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en la LPAC y en la LRJSP, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que es necesario que concurra:

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 cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño [así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)].

CUARTA.- La reclamación considera que existió un retraso diagnóstico de la catarata congénita, fundamentalmente por dos motivos. El primero es que la niña no fue sometida a un examen oftalmológico pese a haber nacido de forma prematura y en segundo lugar que en los dos primeros exámenes oftalmológicos no se realizó un examen de fondo de ojo.

En las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial sanitaria el criterio determinante es el cumplimiento o no de la *lex artis*, en cuanto buena práctica médica. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004) define este concepto 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”.

La carga de la prueba de la vulneración de esa *lex artis* corresponde en principio a quien reclama el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial conforme lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si bien teniendo en cuenta lo dispuesto en ese precepto legal en cuanto a la facilidad probatoria tal y recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de diciembre de 2017 (recurso 39/2015).

En este caso, los reclamantes aportan un informe pericial emitido por un oftalmólogo que considera que debía haberse sometido a la niña a un cribado de retinopatía de acuerdo con los protocolos de la SEN y, de otro, lado, considera que la actuación de los oftalmólogos fue incorrecta al no realizar un fondo de ojo en la exploración.

Por el contrario, los informes de los servicios implicados consideran que no era necesario el control por Oftalmología pese a los criterios generales de los protocolos de la SEN toda vez que no concurrían determinadas circunstancias (infección connatal, alteraciones cromosómicas).

Esta explicación es insuficiente y además de contradecir el criterio de la SEN resulta contradictoria con las referencias en las asistencias a problemas oftalmológicos, especialmente cuando los padres advierten de que la niña parece meter el ojo. Además de los criterios generales que

puedan establecer los protocolos que lógicamente han de adaptarse a cada caso concreto, en el que nos ocupa estas referencias y los antecedentes oftálmicos familiares hacen que un principio de prudencia hubiera aconsejado una remisión más temprana a Oftalmología. De hecho, se tenía presente esa falta de valoración como demuestra la anotación del 21 de mayo de 2018 (folio 708).

En segundo lugar, se plantea si en las visitas a Oftalmología del HUSO debió hacerse un fondo de ojo. Los informes del servicio y de la Inspección Sanitaria consideran que al realizarse una esquiascopia, de existir una catarata, se hubiera detectado en la misma. Este aspecto es rechazado por el informe pericial.

No se trata de entrar en la discusión un tanto inútil que plantea el perito frente al informe de la Inspección en cuanto a si en la esquiascopia se dilató la pupila. La cuestión es si hubiera sido más recomendable realizar un fondo de ojo. Esta duda no se responde en los informes de los servicios y determina el que en las consultas de Oftalmología no se utilizaron todos los medios diagnósticos.

Esto no quiere decir que en esas consultas la niña ya presentase la catarata la cual pudo formarse posteriormente de forma muy rápida tal y como defiende los informes, pero ello implica una incertidumbre en cuanto a la génesis de la patología causada por cuanto en el seguimiento de la niña (en otros ámbitos exhaustivo) no se utilizaron todos los medios necesarios.

Esta Comisión reconoce en múltiples dictámenes que el informe de la Inspección Sanitaria presenta una especial relevancia dada la independencia y criterio profesional de la Inspección, criterio que es también acogido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la reciente de 11 de mayo de 2021 (rec. 33/2019) pero ello no implica que no pueda apartarse de él, cuando no comparte

plenamente sus conclusiones, sin perjuicio de que haya contribuido a centrar el debate sobre la corrección de la asistencia sanitaria.

Tal y como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de julio de 2016 (rec. 4139/2014):

“Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación”.

Si en este caso se hubiese remitido a la niña a Oftalmología desde el nacimiento [como parece que se recogía al alta en el HUSO (folio 647) donde se alude a control de fondo de ojo, aun cuando no se recogiese en el informe de alta definitivo (folio 733)] es posible que se hubiera detectado la catarata, si es que efectivamente existía.

Cuando es vista en Oftalmología no se realiza, por razones que se desconocen, la prueba de fondo de ojo y no es seguro que la esquiascopía permitiera detectar la catarata sin compartir la afirmación que realiza el perito (sin prueba alguna) en cuanto que tal prueba se realizó de forma incorrecta.

En suma, todo indica que en el caso presente ha existido por desgracia un retraso diagnóstico que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración por pérdida de oportunidad.

QUINTA.- Determinada la existencia de una pérdida de oportunidad ha de procederse a la valoración del daño.

En primer lugar, ha de indicarse que no procede admitir los gastos de sanidad privada, alojamiento, viajes y taxis que solicitan los reclamantes ya que la decisión de intervenir a la niña en Barcelona fue decisión suya puesto que ya estaba incluida en la lista de espera de la sanidad pública.

En cuanto a la aplicación del Baremo establecido para las víctimas de accidentes de tráfico que es meramente orientativa en la responsabilidad patrimonial de la Administración, la reclamación lo aplica de forma plena sin tener en cuenta que en la pérdida de oportunidad se indemniza el daño causado por la incertidumbre de que el daño hubiera sido otro de haberse aplicado todos los medios diagnósticos disponibles.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de julio de 2021 (rec. 182/2020) recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo al efecto y concluye que, al asimilarse en estos casos el daño indemnizable al daño moral, su resarcimiento carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997), aunque ha de ponderarse la edad del paciente, sus dolencias previas, y cualesquiera otras circunstancias que constando al juzgador, pudieran determinar una mayor proporcionalidad y adecuación de la valoración de dicho quantum.

Es por ello que, en este caso, esta Comisión considera adecuada una cantidad de 100.000 euros dada la escasa edad de la niña y la incertidumbre sobre si podrá o no recuperar visión en el ojo derecho.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación reconociendo una indemnización de 100.000 euros.

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 16 de noviembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 594/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid