



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 7 / 2 0 0 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de julio de 2005.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por C.B.B.R., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario: Tratamiento inadecuado. Ceguera. (EXP. 188/2005 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de fecha 20 de junio de 2005 (R.E. del 24 de junio) la Excm. Sra. Consejera de Sanidad interesa de este Consejo preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.e), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y 12 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, respecto de la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento de reclamación de indemnización incoado a instancia de C.B.B.R. por daños, pérdida de la visión, evaluados en una cantidad no inferior a 50.000.000 ptas. (300.506,05 euros) y que imputa a mal funcionamiento del servicio público sanitario.

2. A la solicitud de Dictamen acompaña el correspondiente expediente concluido por la pertinente Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada, acreditándose asimismo de las actuaciones que tal Propuesta culmina un procedimiento administrativo en el que, con carácter general, se ha dado

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

cumplimiento formal a las previsiones de índole legal y reglamentaria que ordenan y regulan tales procedimientos. Entre ellas, el preceptivo informe del Servicio afectado (art. 10 RPAPRP) que no es otro que el Oftalmología, sin que, como tantas veces se ha dicho por este Consejo, tal informe pueda ser sustituido por el del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia.

Se aprecian defectos en el procedimiento (v.gr. trámite de prueba) sin que los mismos hayan tenido repercusión para la defensa del reclamante, que en toda la tramitación del expediente ha sido informado de la misma y ha tenido distintas ocasiones de alegar en defensa de su derecho y pretensiones. No obstante, por la tardanza en la evacuación de cada trámite, innecesaria o injustificadamente, se demora el procedimiento y su resolución.

No es correcta la negativa al interesado de facilitar su acceso al procedimiento, siendo improcedente hacerlo e inadecuado el fundamento alegado, así como la inicial fijación del plazo para practicar las pruebas admitidas, luego corregido debidamente.

Se insiste, como en Dictámenes anteriores, en que el Consorcio de Tenerife y el Hospital Universitario de Canarias (el Hospital) no son partes del procedimiento, ni interesados en él, por las razones expuestas en aquéllos, cabiendo tan solo su intervención en la específica y limitada forma indicada en los mismos.

Se observa que, además de las tres pericias solicitadas, admitidas y practicadas, en el expediente constan dos informes del Servicio de Oftalmología, el inicial y el que, a última hora y por existencia del informe del Servicio Jurídico sobre la Propuesta de Resolución redactada primeramente, se recabó por el Instructor; otros dos del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia, uno con base en el referido informe inicial y otro a la vista de las pericias producidas.

Por otra parte, la reclamación fue interpuesta por el legitimado para hacerlo [art. 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC], y en plazo, pues fechada finalmente el 1 de septiembre de 1999 (tras quejas y reclamaciones anteriores producidas los días 22 de marzo de 1998 y 22 de febrero de 1999), al paciente se le concede el ingreso en la Organización Nacional de Ciegos a partir del día 31 de marzo de 1999, por lo que se procede a inscribirle en su Registro General con el número (...) (art. 4.2 RPAPRP).

También se llevó a cabo durante la instrucción del procedimiento el trámite probatorio (defectuosamente, como se ha dicho) y el de audiencia (arts. 9 y 11 RPAPRP); y obra en las actuaciones el asimismo preceptivo informe del Servicio Jurídico.

3. La reclamación del interesado se fundamenta, esencialmente, en el retraso en la aplicación de las sesiones de láser pautadas, puesto que desde el diagnóstico en Oftalmología el 9 de junio de 1997 (tercera consulta) hasta que recibió la primera sesión de láser el 6 de noviembre de 1997 transcurrió un tiempo excesivo (5 meses); el 4 de diciembre de 1997 se le comunica telefónicamente que el láser está averiado y el 19 de enero de 1998 recibe otra sesión en Centro privado por prescripción del jefe del Servicio, que el 4 de febrero de 1998 le informa que ha perdido completamente la visión del ojo derecho, por lo que alega que el progreso de la enfermedad ha hecho inútiles los tratamientos quirúrgicos posteriores, como consecuencia de la demora en la aplicación del láser. Alega también falta de consentimiento informado en los tratamientos quirúrgicos del Servicio Canario de la Salud.

II y III¹

IV

1. La Propuesta de Resolución, como se dijo, desestima la reclamación íntegramente, considerando, en definitiva, que el paciente recibió el tratamiento correcto en todo momento en medios, consistencia y tiempo, desde el inicio hasta el final de su asistencia, cabiendo incluso considerar el efecto interruptivo del necesario nexo causal por la asistencia que, voluntariamente, decidió el paciente en Centros privados, de modo que la atención efectuada se ajustó a la *lex artis*, no produciéndose daños por la forma en que concretamente se diagnosticó la enfermedad del paciente o por el retraso en aplicarle laserterapia.

Además, no es determinante la cuestión del consentimiento informado. Los Tribunales han admitido la información meramente verbal por entender que la exigencia de forma escrita en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, es *ad probationem*, y no *ad solemnitatem* [STS de 3 de octubre de 1997 (RJ

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

1997/7169)], aunque señalando que tiene la virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba [SSTS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/7799) y de 4 de abril de 2000 (RJ 2000/3255)]. Así, se aduce que se informó siempre al paciente de su enfermedad y del tratamiento, el inicial y el posterior e inevitable de vitrectomía, mientras que los daños, dice la Propuesta resolutoria, se deben al desarrollo imparabile, pese a intentarse controlar debidamente, de su enfermedad, con pocas posibilidades de éxito en todo caso, máxime en este supuesto por su origen diabético o su estado evolutivo, constanding encima que aquélla estaba en una situación severa y avanzada.

Sin embargo, esta decisión no se estima jurídicamente adecuada, no siendo correctos los datos o argumentos en que pretende basarse, siempre en relación con la precedente actuación del instituto de la responsabilidad patrimonial, particularmente en este ámbito sanitario. A este propósito, nos remitimos a la Doctrina de este Organismo, ajustada por demás a la reciente y mejor Jurisprudencia de los Tribunales, sobre todo del Tribunal Supremo, pero no sólo de éste, sobre los requisitos o condiciones de exigibilidad o no de tal responsabilidad, incluyendo los supuestos de asunción del daño por el paciente o de concausa y la determinación de la carga de la prueba o la pertinencia de los trámites de la instrucción del procedimiento.

2. En este supuesto existe acuerdo general entre los especialistas intervinientes, del Servicio de Oftalmología del Hospital y los peritos particulares, en que el paciente presentaba una retinopatía proliferante, cabiendo incluso admitir que estaba avanzada, pero, aunque pudiera ser severa cuando se diagnosticó, todavía no se habían producido hemorragias, o bien, no eran importantes ni extendidas; la enfermedad era de origen diabético, pues, en efecto, el paciente tenía diabetes desde hacía tiempo, siendo tratado por el Servicio de Endocrinología del Hospital, quien, precisamente, lo derivó al de Oftalmología urgentemente, al comentar el afectado que no veía bien en consulta de principios de 1997.

No sin ciertas reticencias, parece no discutida tanto la pertinaz ausencia de consentimiento informado en todas las intervenciones realizadas al paciente en el Servicio de Oftalmología -aun siendo discutible que se opusiera a ellas, pues obviamente no lo hizo- sino que no se le informara al respecto, como que, pese a la gravedad de la enfermedad, sus conocidos efectos desastrosos para la vista al evolucionar por producir hemorragias y la relativa facilidad en detectarla, máxime

sabiendo su diabetes de larga duración, se tardaran dos meses en atenderlo en el Servicio de Oftalmología y otros dos o tres más en estudiar su caso y diagnosticar la retinopatía proliferante avanzada.

En esta línea, es también aceptado en general que, incluso de estar avanzada su enfermedad ocular y sobre todo de no haber todavía producido las temibles y esperables hemorragias, el tratamiento pertinente es la fotocoagulación mediante láser (laserterapia); los peritos coinciden en que ha de hacerse de modo tanto rápido, como completo, sin interrupciones, completándose en número y plazo los impactos procedentes y determinados de antemano. Y lo cierto es que se tardó unos cinco meses en iniciarse el tratamiento, sin explicación sobre ello pese a que algún perito menciona la no disponibilidad de equipo o tiempo (con lista de espera) y, aun peor, se debió interrumpir durante meses al estar averiado el aparato láser, reiniciándose fuera del plazo previsto, y apropiado, para el correcto tratamiento, y, además, en un Centro privado, no derivándose siquiera al paciente a otro Centro público, de Tenerife o de las Islas.

En buena medida, se admite no sólo que el tratamiento apropiado es la laserterapia, particularmente en este concreto caso, aunque en la forma antedicha, sino que, aun estando avanzada la retinopatía proliferante diabética, aquél es susceptible de producir relevantes efectos. Por eso, incluso aquí se podía lograr mantener en cierto grado la visión, si bien que, en esta ocasión, con posible pérdida, pero afirmando los peritos que no se habría llegado a la situación posterior de sangrado constante y la producción de ceguera funcional, siendo desde luego ésta el resultado final de la evolución de una retinopatía proliferante avanzada no tratada en tiempo y en forma.

Finalmente, es un hecho que no se discute -aunque de él no se deducen las procedentes consecuencias por el Instructor- que con motivo de las últimas sesiones de láser se produce por fin una hemorragia importante, pero no se actúa enseguida, como, reconocidamente, se debiera, sino que no negándose ello por el Servicio se pretende hacerlo en un plazo de, al menos, 90 días. Razón por la que, dados los antecedentes, el paciente hizo unas consultas privadas que le informan debidamente al respecto e incluso, a su través, se intercede ante el Servicio para que se opere de inmediato, aunque, en definitiva, sólo se hace a los 40 días del derrame y excedido

el plazo apropiado al efecto, además de que, irregularmente, se intervienen sin consentimiento los dos ojos al tiempo.

En resumidas cuentas, con esta serie de circunstancias, el paciente pasa a tener una situación prácticamente irresoluble, habiendo evolucionado la retinopatía proliferante de modo casi irreversible y no siendo ya posible, pese a intervenciones repetidas y tanto en Centro privado como en el Hospital, eliminar los sangrados y sus consecuencias, ni las neovascularizaciones que las provocan, deviniendo finalmente la ceguera inevitable y no subsanable.

3. En consecuencia, como concluyen todos los peritos, reconocidos especialistas en oftalmología y conocedores del caso y de la enfermedad a él asociada, así como los antecedentes del enfermo y de los tratamientos pautados y asistencias efectuados, el daño finalmente producido, la ceguera, se gesta por ser inadecuado el tratamiento inicialmente pautado para la retinopatía proliferante avanzada que se le diagnostica. No por no ser el apropiado al caso, que lo es y máxime por sus características, pese a estar evolucionada la enfermedad, al no haber sangrados, sino por ser inadecuadamente implementado. Tanto por el retraso, indebido e injustificado, en hacerlo tras su diagnóstico, a un paciente diabético y en efectuar aquél dadas las circunstancias y la facilidad en observar el problema, como por no completarse el iniciado, haciéndose a destiempo y en Centro privado.

Y es que, aun cuando no se garantice la curación, máxime en este supuesto por la patología básica y la evolución propia de la retinopatía proliferante, lo cierto es que sirviendo la laserterapia para limitar o cortar la evolución de aquélla con la eliminación de vasos sanguíneos y el control o evitación de hemorragias -impidiendo la revascularización o los efectos de aquéllas y sus complicaciones inherentes, incluido el desprendimiento de retina o coroides- esta técnica, indicada en este supuesto y correctamente usada, tiene un considerable porcentaje de éxito. Así, si bien no se asegura la recuperación de la visión, sí permite detener la evolución de la enfermedad y mantener una importante agudeza visual y, determinadamente, evitar la pérdida total de visión o la ceguera funcional.

Por demás, tampoco fue procedente la reacción del Hospital ante la primera hemorragia producida, eliminando la poca posibilidad de controlar la situación con una inmediata intervención, pues no sólo se hizo tarde, y sólo por influencia externa porque se estaba dispuesto a dilatarla más (por lista de espera, es de suponer), sino que se interviene también el otro ojo. Además, sin información previa y sin

consentimiento expreso apropiado, pese a no estar indicado hacerlo al tiempo, generándose como complicación problemas de hemorragias en ambos ojos, ya no controlables.

Asumiendo que el paciente aceptó la laserterapia, como es obvio, lo hizo sin la información pertinente y apropiada que hace correcto su consentimiento, no pudiendo no ya pedir otra opinión o alternativas, sino conocer sus riesgos o complicaciones y la necesidad de hacerlo en cierto modo o tiempo.

Por demás, es explicable que en estas condiciones y dado el tratamiento recibido el paciente, al tener una hemorragia, acudiese a consulta privada, cabiendo añadir que gracias a ello logró enterarse del peligro que corría y que se le interviniera antes, aunque fuera del plazo apropiado. En todo caso, como se demostró luego, la situación ya fue irreversible a partir de entonces, con su enfermedad imparable en su evolución, de modo que en nada afectan al resultado final o interfieren sobre su causa las actuaciones privadas posteriores, correctas pero infructuosas.

Por último, no sirve para eludir la responsabilidad del Servicio y, por ende, del Servicio Canario de la Salud, ni para contestar los hechos expuestos o las opiniones, congruentes al caso y compatibles entre sí, de expertos independientes sobre el asunto y su origen y la causa del daño producido, el informe que tal Servicio emitió al final del procedimiento. Así, resulta no sólo inadecuado por no ajustarse a los hechos o a las alegaciones del interesado y las pericias, sino que es contradictorio sobre la pertinencia de la laserterapia y su eficacia, como su opinión de que tal causa es sólo la evolución de la enfermedad, inevitable o imparable. Y, sobre todo, es incongruente cuando dice que el retraso, y no ya la no complitud, que no tiene en cuenta, no afecta al caso, cuando se admite que la retinopatía proliferante era tratable aun siendo avanzada al estar en evolución peligrosa, exigiendo por tanto rápido control o limitación por fotocoagulación.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho al haberse producido funcionamiento anormal del servicio público sanitario, tal y como se expone en el Fundamento IV.3.

2. En cuanto al cálculo de la indemnización, habida cuenta que la Propuesta de Resolución, dado su sentido, no se pronuncia sobre la misma, resultaría aplicable la tabla correspondiente establecida para los accidentes de automóviles, aunque atendiendo a que el hecho lesivo se produce en la prestación de un servicio público y a las circunstancias de tal hecho, no limitado en su aplicación al daño concreto y efectivo en los ojos del paciente, efectuando una correcta valoración del daño en su conjunto y teniendo en cuenta, además, los efectos producidos en la vida del afectado y su familia.

En todo caso, esta indemnización es compatible con las prestaciones de la Seguridad Social que puedan corresponderle por su situación de ceguera y la declaración de incapacidad permanente.