



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 250/2017

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de julio de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 239/2017 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se dictamina sobre la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución, formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (SCS) tras la presentación y tramitación de una reclamación de indemnización por los daños que se alegan producidos por el funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La solicitud del dictamen a este Consejo Consultivo es preceptiva, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimada para solicitarla el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. En lo que se refiere al objeto de la reclamación, la afectada manifiesta que el día 30 de junio de 2014 recibió tratamiento no quirúrgico a causa de un desprendimiento de retina sufrido en su ojo izquierdo, el cual se le dispensó en el Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC), pero al persistir sus problemas oculares, el día 22 de julio de 2014, se sometió a cirugía oftalmológica en dicho Hospital con la finalidad de corregir el desprendimiento de retina mencionado.

* Ponente: Sr. Brito González.

La reclamante fue tratada con un medicamento prescrito por los doctores del SCS que se denomina «*ala octa*», del laboratorio (...), producto utilizado exclusivamente para las patologías de retina.

Sin embargo, pese a lo que afirman los facultativos del SCS la afectada considera que su evolución fue bastante mala, ya que comenzó a perder visión del ojo izquierdo, motivo este por el que decidió acudir a varios Centros médicos oftalmológicos de carácter privado [(...), el (...) de Barcelona y el (...), de dicha ciudad] quienes le recomiendan controles periódicos al desconocer sus especialistas la causa y la evolución de su patología.

Posteriormente, conoce a través de los medios de comunicación que el medicamento que se le recetó en el HUNSC para su patología, el denominado «*ala octa*», es un medicamento que causa ceguera, la cual en ningún caso es una secuela propia de la intervención a la que se le sometió y que suele ser exitosa en el casi 100% de los casos, razón por la que el mismo ha sido retirado en nuestro país por parte de la Agencia Estatal del Medicamento, al igual que en otros muchos países.

Por tal motivo, la afectada considera que ha habido mal funcionamiento por parte de la Administración, puesto que al prescribirle un medicamento defectuoso para tratar su patología de retina se le ha causado la ceguera total de su ojo izquierdo, lo que unido a los problemas previos de visión en su ojo derecho casi le ha causado una ceguera total.

Posteriormente, en el trámite de audiencia que le fue conferido, la reclamante cambia su versión de los hechos causantes de la lesión por la que reclama para introducir como fundamento de la reclamación -aunque los daños no hayan sido causados por el producto defectuoso que alegó inicialmente- la existencia misma del daño producido en la actuación médica recibida.

4. Por todo ello, reclama una indemnización total de 288.046,95 euros, que incluye los días de baja impeditiva (hace un cómputo estimativo de 545 días de baja impeditiva), las secuelas y el daño moral, valorado en 200.000 euros.

5. Son de aplicación, tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo

Común de las Administraciones Públicas, al haberse iniciado el procedimiento antes de la entrada en vigor de la citada Ley 39/2015.

II

1. El procedimiento comenzó con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuado el día 12 de noviembre de 2015.

El día 9 de diciembre de 2015, se dictó la Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud por la que se admitió a trámite la reclamación formulada.

El procedimiento cuenta con el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) de la Secretaría General del SCS, los informes de los Servicios de Oftalmología y Farmacia del HUNSC.

2. Además, se acordó la apertura de la fase probatoria, proponiendo la reclamante como prueba la solicitud de un informe y la documentación emitida por la Agencia Estatal del Medicamento acerca del «ala octa», pero se denegó dado que está probado que ese medicamento no se le prescribió ni se le administró en ningún momento por parte de los médicos del HUNSC.

Finalmente, el procedimiento cuenta también con el trámite de vista y audiencia, habiendo presentado escrito de alegaciones. Posteriormente, se emitió un informe complementario del SIP, junto con un nuevo informe del Servicio de Oftalmología, otorgándosele nuevamente a la afectada el trámite de vista y audiencia, la cual volvió a remitir un segundo escrito de alegaciones. En estos escritos de alegaciones manifiesta que, si bien considera cierto ha quedado claro que no se le prescribió en ningún momento el medicamento anteriormente referido, sí que ha sufrido un daño a causa de la intervención que considera indemnizable.

3. El día 2 de mayo de 2017, se emitió una primera Propuesta de Resolución, acompañada del borrador de la Resolución, posteriormente se emitió el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y el 12 de junio de 2017 la Propuesta de Resolución definitiva, vencido el plazo resolutorio tiempo atrás, sin justificación para ello; pero esta demora no obsta para resolver expresamente, existiendo deber legal al respecto, sin perjuicio de los efectos administrativos que debiera conllevar y los legales o económicos que pudiera comportar de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.1 y 7; 43.1 y 4; 141.3 y 142.7 LRJAP-PAC.

4. Por otra parte, concurren los requisitos legalmente establecidos para hacer efectivo el derecho indemnizatorio, previsto en el art. 106.2 de la Constitución y desarrollados en los arts. 139 y ss. LRJAP-PAC.

III

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación formulada al considerar el órgano instructor que la reclamación carece de todo objeto al no argumentarse, siquiera mínimamente, la existencia de mala praxis médica durante la intervención quirúrgica o con posterioridad a la misma (en realidad no se invoca su existencia); habiendo quedado acreditado que la Administración nunca prescribió, ni administró a la reclamante el fármaco «*ala octa*», causante, en su opinión, del daño por el que reclama.

Además, la Administración, contrariamente a lo indicado por la interesada, señala que la cirugía de desprendimiento de retina fracasa por completo en un 10% de pacientes y en más de un 20%, a pesar de lograrse replicar correctamente la retina, se produce una pérdida de visión por debajo del 0.1 (límite de la ceguera legal en España) por lo que la pérdida de visión tras dicha cirugía no es inhabitual, constando ello en la documentación correspondiente al consentimiento informado, firmada por la interesada (folio 173 expediente).

2. En el presente asunto, ha quedado acreditado en virtud de los informes obrantes en el expediente que a la interesada, tras la intervención de cirugía oftalmológica que se le realizó en el HUNSC, se le prescribió y administró el fármaco denominado «perfluron», de los laboratorios (...), medicamento cuyo uso está autorizado por la Agencia Estatal del Medicamento y no entraña peligro alguno, tal y como consta en los informes de los Servicios de Oftalmología y Farmacia del HUNSC (páginas 43 y 191 del expediente) y que nunca se le trató con «*ala octa*», pues era un medicamento que jamás utilizó el HUNSC.

3. Como ya señalamos, la reclamante cambia parcialmente el motivo de su reclamación en el trámite de audiencia, considerando que debe ser resarcida por la mera producción del daño.

Ello no puede ser admitido en modo alguno. La asistencia médica recibida ha sido en todo momento conforme a la *lex artis*. Del expediente remitido a este Consejo ha quedado acreditado que la intervención se realizó correctamente, no habiéndose demostrado en ningún momento mala praxis por parte de los facultativos del SCS que la atendieron. Ello se corrobora con lo manifestado por la interesada en

su escrito de reclamación donde indica que en los Centros oftalmológicos privados a los que acudió se le señaló que se desconocía la causa de la pérdida de visión de su ojo izquierdo, es decir, en ninguno de ellos se le indicó que se debiera a una posible *mala praxis* médica durante la intervención referida.

Además, igual que sucede con la causa primeramente alegada (suministro de un producto defectuoso), tampoco ha aportado elemento probatorio alguno que demuestre negligencia médica alguna durante todo el proceso médico relatado y es a ella a quien corresponde la prueba de los hechos en los que sostiene su reclamación conforme dispone el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Consta en la documentación correspondiente al consentimiento informado que «aunque la cirugía sea correcta, no siempre se consigue una buena visión, pues esta depende del deterioro que tenga a nivel retiniano o nervio óptico, cristalino o córnea, así como su patología general, diabetes, HTA, atrofia óptica, glaucoma, etc.»; sin olvidar que la paciente padecía previamente de miopía y de degeneración retiniana, circunstancia que con bastante probabilidad pudieron influir en el resultado final.

4. Este Consejo Consultivo entre otros en sus Dictámenes 344, 433 y 486/2015 y 50/2016, sigue la reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario, que utiliza el criterio de la *lex artis* como delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, no de resultados, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente.

Lo señalado resulta plenamente aplicable a este supuesto y nos permite concluir que no concurre relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y los daños reclamados, puesto que el SCS actuó en todo momento conforme a la *lex artis*, poniendo a disposición de la interesada la totalidad de los medios materiales y personales de los que disponía, produciéndose pese a todo ello uno de los riesgos inherentes al proceso quirúrgico recibido; riesgo que constaba expresamente en el documento de consentimiento informado, lo que supone que el daño padecido no pueda ser considerado como antijurídico.

En resumen, la actuación médica prestada fue correcta, acorde con la *lex artis* y, por tanto, el daño producido y advertido debidamente en el DCI, no resulta antijurídico y, por tanto, tampoco indemnizable, por lo que la Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria es conforme a Derecho.