



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 397/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de noviembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución 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. 372/2019 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El presente dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR) formulada por la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La reclamante solicita una indemnización de 65.325,56 euros. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación de la Sra. Consejera para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

Por su parte, la resolución de la reclamación es competencia del Director del citado Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

4. Se cumple el requisito de legitimación activa, teniendo la reclamante la condición de interesada al haber sufrido un daño por el que reclama [art. 4.1, letra a) LPACAP].

Por otro lado, corresponde al Servicio Canario de la Salud la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, pues ésta se presentó el día 24 de julio de 2018, en relación a un daño sufrido, presuntamente, a raíz de intervención realizada el 25 de julio de 2017 pero con alta hospitalaria el 27 de julio de dicho año, nueva intervención el 9 de octubre del mismo año, de la que es dada de alta al día siguiente, y con Incapacidad temporal desde el 19 de junio de 2017 en la que permanecía en la fecha de presentación de la reclamación, y por tanto, dentro del plazo de prescripción de un año señalado por el art. 67 LPACAP. Asimismo, la propia Administración Pública no aprecia extemporaneidad.

6. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver -tal y como reconoce la propia PR-, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aún fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

7. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resulta de aplicación la citada Ley 39/2015; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

II

1. La reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

En este sentido, la perjudicada manifiesta lo siguiente en su escrito inicial de reclamación:

«PRIMERO.- La actora fue diagnosticada de un quiste mandibular gigante, e ingresa el 25 de julio de 2017 en el Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria para intervención quirúrgica por cuadro de lesión radiolúcida en ángulo mandibular izquierdo en relación con quiste mandibular de gran tamaño. Tras una intervención sin complicaciones evidentes se acuerda el alta hospitalaria con fecha 27 de julio de 2017.

La actora acude al Servicio de Urgencias el 1 de agosto de 2017 con los síntomas "Imagen lineal ojo derecho". No consta ningún juicio diagnóstico, únicamente se hace constar "adjunta informe oftalmología".

La actora acude nuevamente al Servicio de Urgencias el 2 de agosto por fiebre resistente y dolor mandibular y maxilar; pautándole únicamente analgésicos, estableciendo como juicio diagnóstico "dolor mandibular".

En ambas fechas consta que la actora refirió la intervención quirúrgica a la que se había sometido.

SEGUNDO.- Así las cosas, la actora acude a consulta con el maxilofacial el 8 de agosto de 2017, refiriéndole el problema que padecía en el ojo, con dolor y pérdida de visión. En ese momento se acuerda remitirle a una interconsulta preferente con oftalmología, recomendándole únicamente reposo.

La citada interconsulta se retrasa hasta el 6 de octubre de 2017 (dos meses), momento en el que es examinada por el servicio de oftalmología y ante la gravedad de la situación, se acuerda su ingreso. Con fecha 8 de octubre de 2017 ingresa para realizarle cirugía

programada de desprendimiento de retina el día 9 de octubre, practicándole una vitrectomía 23G VPP OO.

TERCERO.- A la actora se la diagnostica de desprendimiento de retina asociado a desprendimiento vítreo post en ojo derecho, que no remitió tras cirugía, quedando pérdida total de visión en el ojo derecho. El alta hospitalaria se produce el 10 de octubre.

Además, está actualmente en seguimiento por la Unidad de Salud Mental por trastornos de adaptación derivados de la citada pérdida de visión. Consecuencia de lo anterior, además, ha perdido su puesto de trabajo, dándole de baja la empresa desde el 6 de agosto de 2017. La actora no puede conducir ni fijar la vista, no puede realizar esfuerzos físicos leves, no puede cocinar ni exponerse al sol ni al calor; tal y como evidencian los informes médicos realizados.

CUARTO.- Permanece en situación de incapacidad temporal desde el 19 de junio de 2017 hasta la actualidad, habiéndose acordado una prórroga de la situación de incapacidad temporal con fecha de efectos del 18 de junio de 2018, estableciendo como diagnóstico "Quiste mandibular. Intervenido en julio 2017. Desprendimiento retina. Vitrectomía 10/17. Pérdida visión de ojo derecho AV-0.01. Manifestaciones ansioso-depresivas en tratamiento"».

2. A partir del relato de hechos descritos anteriormente, la interesada entiende que los mismos «(...) constituyen un supuesto de responsabilidad patrimonial de la administración pública, puesto que (...) se trata de una lesión consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

Así, se señala que «la actora acudió a urgencias los días 1 y 2 de agosto de 2017, por dolor en el ojo, y pese a conocerse su historial médico y antecedentes de la intervención quirúrgica, no se le remitió al servicio de oftalmología; siendo intervenida el 9 de octubre cuando ya no podía evitarse el desprendimiento de retina y posterior pérdida de visión del ojo derecho».

De esta manera, lo que motiva la reclamación «(...) es que, pese a los riesgos de la intervención quirúrgica realizada a la actora por su quiste mandibular, se cursó su alta médica tras apenas dos días de ingreso hospitalario, y pese a acudir dos veces al servicio de urgencias por fiebre y dolor en el ojo, que era indicativo bien de infección, bien de la situación que finalmente se produjo, no hubo asistencia médica inmediata. Así, podía haber existido un problema de irrigación en la intervención, o indebida manipulación que le provocó un desprendimiento vítreo. Sin perjuicio de desconocer el origen del mismo (aunque por la cercanía temporal parece indicativo que su origen fue la intervención), lo cierto es que pese a acudir dos veces a urgencias y a revisión con el maxilofacial, no se lleva ningún tipo de control ni se remite de forma urgente a oftalmología.

El retraso en casi dos meses del examen de la actora, y su ojo, provocó que no pudiera hacerse nada para salvarle la visión, dadas las condiciones del desprendimiento de retina. Esta situación podría haberse evitado, tanto por haber sido controlada y examinada en

urgencias, como por haberle indicado alguna pauta más allá del reposo (al menos si permanecía igual a las dos semanas).

Al margen de ello, el retraso de dos meses para ser examinada por oftalmología fue esencial para el deterioro progresivo de su visión y finalmente la pérdida de la misma.

Esta situación podría haberse evitado por tanto con una mínima diligencia médica (...).

3. Finalmente, y sobre la base de lo manifestado en las anteriores líneas, «se reclama(n) los daños morales y psicológicos que esta actuación médica ha causado, la pérdida de visión de un ojo, la pérdida de su medio de vida, la permanencia en situación de incapacidad temporal desde el 19 de junio de 2017, acordándose una prórroga de tal situación; importe que deberá ser actualizado en función de que desemboque presumiblemente en una incapacidad permanente». En este sentido, la reclamante solicita una indemnización cuya cuantía total asciende a 65.325,56 euros.

III

1. En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

- Mediante escrito con registro de entrada el día 24 de julio de 2018, (...) insta la iniciación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

- Mediante Resolución de 26 de julio de 2018 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se admite a trámite la reclamación formulada y se solicitan los informes pertinentes y la historia clínica de la interesada.

- Con fecha 30 de abril de 2019 se emite informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SIP), referido a la asistencia sanitaria prestada a (...) (art. 81.1 LPACAP).

- Con fecha 2 de mayo de 2019 se formula requerimiento a la interesada para que ésta aporte los medios de prueba que estime conveniente para la mejor defensa de sus derechos. Trámite que fue cumplimentado por la reclamante mediante escrito presentado el día 18 de junio de 2019.

- El día 25 de junio de 2019, la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud dicta acuerdo probatorio, admitiéndose a trámite las pruebas propuestas por la

interesada (historia clínica) e incorporando -como prueba documental-, la historia clínica y los informes recabados por la Administración en periodo de instrucción.

Asimismo, y con idéntica fecha se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a la interesada un plazo de diez días para que pueda formular alegaciones y presentar los documentos que estime procedentes.

Ambos acuerdos fueron objeto de notificación a (...) el día 4 de julio de 2019. Sin embargo, transcurrido el plazo otorgado a tal efecto, no se formulan alegaciones por parte de la interesada.

2. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

IV

1. Para analizar el fondo de este asunto, es necesario previamente examinar varios aspectos:

- Requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La jurisprudencia ha precisado (entre otras, STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTs -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de

responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso -«en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas»-;

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que:

«El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el deber jurídico de soportar el daño [hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su art. 141.1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (...)”].

Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo».

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Ello supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor. A este efecto, es doctrina jurisprudencial constante la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes.

E) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

- Particularidades de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario: la «*Lex artis ad hoc*».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 dice que «la responsabilidad de la Administración sanitaria no deriva, sin más, de la producción del daño, ya que los servicios médicos públicos están solamente obligados a la aportación de los medios sanitarios en la lucha contra la enfermedad, mas no a conseguir en todos los supuestos un fin reparador, que no resulta en ningún caso exigible, puesto que lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en una especie de asegurador universal de toda clase de enfermedades. Es por ello que, en cualquier caso, es preciso que quien solicita el reconocimiento de responsabilidad de la Administración acredite ante todo la existencia de una mala praxis por cuanto que, en otro caso, está obligado a soportar el daño, ya que en la actividad sanitaria no cabe exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, pues la función de la Administración sanitaria pública ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria con empleo de las artes que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir, en todo caso, una curación».

Asimismo, entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de septiembre de 2009 (recurso de casación n.º 89/2008) «que el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria, extremos éstos que deben quedar acreditados para que se decrete la responsabilidad patrimonial de la Administración».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2014, declara lo siguiente:

«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria.

Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde con esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria».

Ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado,

por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

2. Pues bien, en aplicación de la doctrina expuesta al supuesto analizado, debemos partir de que la PR desestima la reclamación efectuada por la interesada, al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública puesto que no se ha demostrado mala praxis en la atención sanitaria dispensada a la reclamante. En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

- La reiterada doctrina de este Consejo Consultivo en cuanto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba se ven perfectamente recogidos, entre otros, en el Dictamen n.º 272/2019, de 11 de julio, en el que señalábamos:

«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del art. 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho (*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*) así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega (*ei incumbit probatio qui dicit non qui nega*) y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios (*notoria non egent probation*) y los hechos negativos (*negativa non sunt proband*). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo,

requisitos para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012».

Finalmente, y como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo «(...) es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: «Además, como este Consejo ha manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts. 3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts. 6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)».

Una vez examinado el contenido del expediente remitido, y habida cuenta de que la reclamante no ha aportado ningún elemento probatorio que permita considerar demostrado que la prestación sanitaria haya sido inadecuada o contraria a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc*, lo que ya sería suficiente para no declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

3. En la PR se analiza separadamente los dos motivos de reclamación formulados por la interesada y respecto a ellos, concretamente, por un lado, *«(...) la posible relación causal entre la intervención quirúrgica y el desprendimiento de vítreo posterior incompleto, como causa inicial de sus padecimientos en (el) ojo derecho»*; y, por otro, *«(...) si la asistencia sanitaria (...) se ajustó a la lex artis en cuanto a una posible demora en ser diagnosticada y tratada»*.

Respecto a la primera de las circunstancias, y a la vista de los informes médicos que obran en el expediente, se entiende que no resulta acreditada la relación de causalidad entre la intervención quirúrgica practicada el día 25 de julio de 2017 - para tratar la quistectomía mandibular en el maxilar inferior izquierdo- y el desprendimiento de vítreo posterior incompleto que afectó al ojo derecho de la paciente.

Tal y como se recoge en el informe de 1 de agosto de 2018, del Jefe de Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria (folios 25 y 141 y ss., del expediente) la paciente es intervenida de *«exéresis de proceso cavitario mandibular izquierdo y exodoncias de 36, 37, 46»*; transcurriendo la cirugía sin complicaciones, y siendo dada de alta el día 27 de julio de 2017.

De esta manera, y como pone de manifiesto la PR y el informe del Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial, *«durante el ingreso, no hay constancia de que se produjera algún signo o síntoma relacionado con la alteración visual en ojo derecho durante los tres días que duró el mismo»*.

En el mismo sentido se pronuncia el informe del SIP de 30 de abril de 2019, al señalar -en su consideración octava (folio 21)- que *«tras ser operada de Quistectomía en el maxilar inferior izquierdo, la paciente tiene una evolución favorable, sin ninguna complicación, durante la intervención ni en el postoperatorio inmediato, no recogiendo en el curso evolutivo durante sus tres días de ingreso ninguna referencia a alteraciones visuales, ni de otro tipo, salvo las locales (hematoma) inherentes a la propia cirugía»*.

Por otra parte, *«(...) la paciente había sido intervenida quirúrgicamente de un quiste odontogénico (crecimiento de tejido anómalo en torno a la cavidad bucal) en el maxilar inferior izquierdo, es decir, en el lado opuesto al ojo derecho. La cirugía practicada no ofrece riesgos a nivel ocular ni por la propia intervención, ni por estar dentro de las estructuras cercanas que puedan verse afectadas por la misma. Tampoco durante la intervención se describió incidencia alguna de tipo traumático, ni de cualquier otro tipo sobre los ojos o*

cualquier otra zona de la cara o del cuerpo, salvo la inherente a la zona intervenida» (consideración séptima del informe del SIP).

Así pues, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, y a falta de prueba en contrario que desvirtúe las referidas consideraciones médicas, es por lo que se ha de compartir la afirmación contenida en el apartado primero de las conclusiones del informe del SIP, en el que, de forma rotunda, se señala que *«la cirugía de quistectomía odontogénica no tiene relación alguna con la alteración visual por la que la paciente consulta una semana después de la intervención»* (folio 22). Y es que el desprendimiento de vítreo posterior incompleto *«(...) no es una alteración relacionada con la intervención realizada en el lado opuesto e inferior de la cara, sino un proceso fisiológico natural relacionado con la edad que tuvo su aparición de forma coincidente con el posoperatorio de un proceso distinto y no vinculado a la alteración ocular»*. (Consideración novena del informe del SIP).

- En segundo lugar, y respecto a la presunta demora en el diagnóstico y posterior tratamiento de la interesada, es oportuno comenzar exponiendo la secuencia de hechos acontecidos en el caso analizado. A este respecto el informe del SIP indica lo siguiente (folios 15 a 20):

«2.- En fecha 25/07/2017, fue intervenida quirúrgicamente de Quistectomía Mandibular (maxilar inferior izquierdo) y realizada exodoncia (extracción) de molares cariados 36, 37, 46 (maxilar inferior). Previo a la cirugía se habían seguido los protocolos habituales, información sobre procedimiento, consentimiento, también se le administró tratamiento antibiótico profiláctico. Durante la intervención, realizada con anestesia general, y en el postoperatorio inmediato no se describe ninguna incidencia, salvo la inherente a la propia cirugía, con hematoma local en zona operada y ligero sangrado (restos de sangre) intraoral, que cede con compresión y hielo local. Dos días después, en fecha 27/07/2017, dada su evolución favorable fue dada de alta con las recomendaciones a seguir, tratamiento con antibioterapia de amplio espectro (amoxicilina clavulánico) por cinco días, analgesia y cita de control programada para el día 10/08/17 en Consultas de Cirugía Maxilofacial.

3.- En fecha 01/08/17, una semana después de la Quistectomía realizada en la rama maxilar inferior, la paciente es atendida en Atención Primaria y derivada para interconsulta oftalmológica urgente, por presentar miodesopsias en ojo derecho, la motilidad ocular es normal y aporta imagen de retinografía sin hemorragias retinianas ni exudado ni atrofia papilar.

(...)

5.- En su atención en Urgencias Hospitalarias refiere que presenta desde la intervención, miodesopsia en ojo derecho (ojo opuesto al lado de la intervención), que describe como

imagen lineal fija. La paciente es valorada por el Servicio de Oftalmología. Al examen oftalmológico presenta una agudeza visual (AV) sin corrección (SC) por ojo derecho de 0.4 (déficit de agudeza visual) y por ojo izquierdo de 1 (normal). Biomicroscopia (BMC) de ambos ojos normal. Presión intraocular (PIO) en ambos ojos: 19 (normal). Fondo de ojo (FO) en ojo derecho: condensación vítrea sobre arcada inferior, resto de vítreo claro, mácula sana, retina aplicada sin lesiones. Con el diagnóstico de Desprendimiento de vítreo posterior incompleto, se le da el alta indicando reposo relativo durante 2 semanas y explicándole los síntomas de urgencia (de alarma), es decir los síntomas por los que debería acudir nuevamente a Urgencias.

(...)

7.- Un día después, en fecha 02/08/17, la paciente acude al Servicio de Urgencias del HUNSC refiriendo dolor a nivel mandibular izquierdo y fiebre de un día de evolución. Está en tratamiento antibiótico (...). Al examen físico no se describe nada destacable (...). Se le administra tratamiento analgésico y antiinflamatorio (...), dándose el alta para seguir control por su Médico.

(...)

9.- En fecha 10/08/17, acude a revisión programada con Cirugía Maxilofacial, y la intervención está bien, la herida tiene buen aspecto, no describiéndose ningún signo de infección. Le refiere al Médico la alteración visual que ha presentado después de la operación, sin referir ninguna otra sintomatología, y éste le remite a Oftalmología de forma preferente. También ese día su Médico de Familia le solicitó cita de seguimiento por Oftalmología, dado el diagnóstico de desprendimiento de vítreo posterior incompleto, es decir, que tanto la paciente como su Médico de Familia conocían el diagnóstico dado por Oftalmología en fecha 01/08/17. Tampoco en esa consulta refiere nuevos síntomas ni empeoramiento alguno.

10.- Los controles posteriores con Cirugía Maxilofacial son normales. (...).

11.- Dada la información facilitada por la paciente y contenida en la petición de valoración del Cirujano Maxilofacial a Oftalmología: Paciente intervenida de quiste odontogénico mandibular izquierdo el 25/07/17, que acude a revisión hoy (10/08/17, refiriendo alteración visual en ojo derecho; se le da a dicha interconsulta una prioridad relativa, dando cita a la paciente en la Sección de Oculoplastia y Órbita en el primer sitio disponible en fecha 06/10/17.

12.- (...) la paciente, que había sido valorada urgente por Oftalmología en fecha 01/08/17, y que no acude nuevamente a ser valorada por aparición de nueva sintomatología o agravamiento de la existente, es valorada según la cita programada en fecha 06/10/17. A la exploración oftalmológica presenta agudeza visual de ojo derecho: visión de bultos, ojo

izquierdo: normal. Biomicroscopia normal. Presión ocular alterada en ojo derecho (3), ojo izquierdo normal. Fondo de ojo en lado derecho se aprecia desprendimiento de retina inferior, el ojo izquierdo es normal. Se programa para cirugía de retina en breve.

13.- Es en fecha 06/10/17, que la paciente presenta alteraciones al examen oftalmológico que precisaban una actuación distinta a la anterior, y es por ello que de forma coherente con la clínica se programa cita para cirugía de retina con la mayor brevedad posible conforme a los protocolos actuales. La cirugía de retina no es una urgencia vital que haya que operar el mismo día, siendo razonable el plazo de 1-2 semanas dependiendo del caso.

14.- La cirugía de retina es realizada en fecha 09/10/17 bajo el diagnóstico principal de desprendimiento de retina total en ojo derecho. Se realiza procedimiento vitrectomía (...). No se describen incidencias en el acto quirúrgico.

(...)

16.- En fecha 10/10/17 (...) revisión postquirúrgica (...) Tras (...) tener una evolución favorable (...), se da el alta con las recomendaciones oportunas, tratamiento y controles a seguir.

17.- Posterior a la intervención ocular, la paciente ha seguido controles por Oftalmología (...).

4. Pues bien, a la vista de los hechos expuestos en el apartado anterior, es preciso efectuar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, y frente a las afirmaciones de la reclamante de que «pese a acudir dos veces al servicio de urgencias por fiebre y dolor en el ojo (...), no hubo asistencia médica inmediata», y que «no se lleva ningún tipo de control ni se remite de forma urgente a oftalmología» (folio 3), se ha de indicar -pues así se deduce del propio expediente administrativo- que «en la primera consulta realizada, fue asistida por el Servicio de Oftalmología, y había sido adecuadamente diagnosticada, según la clínica manifestada» (conclusión segunda del informe del SIP).

En efecto, el día 1 de agosto de 2017 (una semana después de la intervención quirúrgica por el quiste mandibular), la paciente es atendida en Atención Primaria y, posteriormente, derivada para interconsulta oftalmológica urgente, por presentar miodesopsias en el ojo derecho (folio 269).

Una vez en el servicio de urgencias del Hospital Universitario de la Candelaria, es valorada por el Servicio de Oftalmología; siendo el diagnóstico «*desprendimiento de vítreo posterior incompleto*» (folio 413).

Tal y como indica el informe del SIP, el humor vítreo es el gel transparente que ocupa la cavidad interna del ojo, concretamente entre la retina y la cara posterior del cristalino; siendo el desprendimiento de vítreo posterior, no una patología en sí misma, sino un proceso fisiológico natural muy asociado a la edad, siendo frecuente en personas de alrededor de 60 años (Consideraciones primera y segunda del informe).

Y continúa señalando «con el diagnóstico de desprendimiento de vítreo posterior incompleto, se le da el alta indicando reposo relativo durante 2 semanas y explicándole los síntomas de urgencia (de alarma), es decir, los síntomas por los que debería acudir nuevamente a Urgencias». Tal y como refiere el informe del SIP, «a pesar de lo molesto de las opacidades vítreas (miodesopsias o moscas/lineas/cuerpos flotantes) que pueden aparecer a raíz del desprendimiento, esta circunstancia es generalmente inocua y no requiere un tratamiento, a lo sumo reposo relativo»; siendo conveniente «controles oftalmológicos periódicos» (aunque lo más frecuente es que pasado un tiempo, se dejen de visualizar dichas opacidades); y sólo siendo necesario el tratamiento oftalmológico en caso de que se ocasionen agujeros o desgarros que dañen la retina (Consideraciones cuarta a sexta del informe).

En el caso concreto de (...), ésta «(...) fue adecuadamente valorada por el Servicio de Oftalmología, siendo diagnosticada de desprendimiento de vítreo posterior incompleto, y de acuerdo al juicio diagnóstico se le indicó reposo relativo durante dos semanas y se le explicaron los síntomas de alarma por los cuales tenía que acudir a Urgencias para nueva valoración. Es decir, que la paciente sí tuvo valoración por Oftalmología, sí tenía un diagnóstico y también tenía un tratamiento, aunque éste fuera reposo» (Consideración sexta). Como recuerda el informe del SIP, a la reclamante « (...) se le recomendó reposo relativo como tratamiento, indicación que no por sencilla deja de ser la que corresponde a este tipo de casos» (folio 21).

De esta manera, se concluye que la interesada no sólo fue asistida de forma urgente por el Servicio de Oftalmología, y correctamente diagnosticada de acuerdo a la clínica manifestada, sino que, además, dicho juicio diagnóstico -desprendimiento de vítreo posterior incompleto- *«no implicaba ningún tratamiento específico, salvo el reposo relativo recomendado a la paciente»*.

En segundo lugar, plantea la reclamante que la demora en la prestación sanitaria, es decir, «el retraso en casi dos meses del examen de la actora, y su ojo, provocó que no pudiera hacerse nada para salvarle la visión». De tal manera, que «

(...) el retraso de dos meses para ser examinada por oftalmología fue esencial para el deterioro progresivo de su visión y finalmente la pérdida de la misma».

Entiende la perjudicada que «esta situación podría haberse evitado, tanto por haber sido controlada y examinada en urgencias, como por haberle indicado alguna pauta más allá del reposo (...); concluyendo que dicha situación «(...) podría haberse evitado (...) con una mínima diligencia médica» (folio 3).

Dejando al margen que dichas manifestaciones de la parte reclamante carecen del necesario sustento probatorio -con las consecuencias jurídicas derivadas de ello ex art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, lo cierto es que, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso analizado, no se aprecia la existencia de una pérdida de oportunidad. Respecto a esta última, el Consejo Consultivo de Canarias ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (entre otros, Dictamen n.º 354/2019, de 10 de octubre):

«En atención a la pérdida de oportunidad, desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial hoy ya consolidada favorable a dar valor a la llamada «pérdida de oportunidad» cuando, aunque no resultara patente la presencia del vínculo causal por dificultad en su prueba, concurrieran determinadas circunstancias que evidenciaran una alta probabilidad de que de haberse ofrecido las oportunidades perdidas se hubiera evitado o disminuido el daño. La Sala Tercera del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de flexibilización de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo causal especialmente en materia de responsabilidad sanitaria, y la han aplicado a la actuación del facultativo cuando no puede asegurarse que haya sido causante del daño reclamado o, al menos, la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. “La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del padecimiento, aun cuando no se evitara el resultado final, privación que consecuentemente ha de ser indemnizada” (STS, Sala III, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007, rec. casación n.º 6676/2003). “En la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en cierto modo se asemeja a un daño moral, y que es el concepto indemnizable” (STS, Sala III, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2011, rec. de casación n.º 6280/2009). Pues bien, para esta consolidada jurisprudencia “la pérdida de oportunidad constituye un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias” (STS, Sala III, Sección 4ª, de 21 de diciembre

de 2015, FJ 1º, rec. casación n.º 1247/2014) (Doctrina reiterada en los DDCC 171/2016 y 152/2017)».

En el supuesto analizado, y respecto a la demora en la prestación sanitaria alegada por la interesada, cabe indicar que, a falta de prueba en contrario aportada por la propia reclamante, del expediente administrativo no se deduce la concurrencia de pérdida de oportunidad.

Así, el informe del SIP es concluyente al afirmar que la valoración de la paciente, en un nuevo control programado por el Servicio de Oftalmología, aproximadamente dos meses después de haber acudido a Urgencias (el día 6 de octubre de 2017), es un *«período razonable en el contexto de la clínica y diagnóstico previos»* (conclusión cuarta).

Igual de tajante se manifiesta la consideración 10ª del citado informe al señalar que *«una vez diagnosticada se le recomendó reposo relativo como tratamiento, indicación que no por sencilla deja de ser la que corresponde a este tipo de casos. También tenía programada otra cita con Oftalmología en fecha 06/10/17, aproximadamente 2 meses, tras la primera valoración; período razonable para un nuevo control en el contexto del diagnóstico que se le había dado»*.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que la paciente fue informada (en su cita a Urgencias hospitalarias, el día 1 de agosto de 2017 -Antecedente 5º y consideración 10ª del informe del SIP-) de *«(...) los síntomas de urgencia (de alarma), es decir, (de) los síntomas por los que debería acudir nuevamente a Urgencias»*.

Sin embargo, ni el día 2 de agosto de 2017 (en que acude a Urgencias hospitalarias por dolor mandibular y fiebre sin hacer referencia alguna a problemas oftalmológicos -folios 96-), ni el día 10 de agosto de 2017 (en la que acude a una revisión programada con el Servicio de Cirugía Maxilofacial), la paciente refiere nuevos síntomas ni empeoramiento alguno respecto a sus dolencias oculares. Es más, hasta la cita programada con el Servicio de Oftalmología para el día 6 de octubre de 2017, *«(...) la paciente (...) no acude nuevamente a ser valorada por aparición de nueva sintomatología o agravamiento de la existente (...)»* -consideración 12ª del informe del SIP-.

Por lo que se ha de concluir en idéntico sentido al manifestado por el SIP: *«(...) la actuación había sido proporcional a la clínica manifestada por la paciente»* (consideración 10ª).

Finalmente, y respecto a la falta de diligencia médica en el tratamiento de las dolencias oculares alegada por la reclamante, cabe recordar una vez más que, a la vista del diagnóstico existente en un primer momento (desprendimiento de vítreo posterior incompleto) el tratamiento indicado era el de reposo relativo, *«indicación que no por sencilla deja de ser la que corresponde a este tipo de casos»* - consideración 10ª-; de tal manera que no se requería ningún tratamiento oftalmológico específico (conclusión tercera).

5. Asimismo, como señala la PR «no se puede saber en qué momento ocurrió el desprendimiento de retina total, y si la paciente, conociendo los signos de alarma, no supo reconocerlos o simplemente no se presentaron en su caso». Es más, «tampoco podemos saber si, aunque se hubiera vuelto a valorar una semana después, lo cual no es lo recomendado en estos casos, ya la alteración estuviera presente o no, es decir, que no se puede responsabilizar al SCS de no diagnosticar una alteración que excepcionalmente ha ocurrido, en una paciente ya valorada previamente, con un diagnóstico y con un tratamiento coherentes y adecuados a la clínica presentada» (consideración 11ª del informe del SIP).

Respecto a esta última circunstancia, se ha de recordar que, en virtud de la «prohibición de regreso», «no es posible sostener la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, sólo mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente, ya que dicha valoración ha de efectuarse según las circunstancias en el momento en que tuvieron lugar; en definitiva, es la situación de diagnóstico actual la que determina la decisión médica adoptada, valorando si, conforme a los síntomas del paciente, se han puesto a su disposición las exploraciones diagnósticas indicadas y acordes a esos síntomas, no siendo válido que a partir del diagnóstico final se considere las que pudieron haberse puesto si en aquel momento esos síntomas no se daban» (sentencia de 26 de abril de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León).

En otras palabras, no deben enjuiciarse las actuaciones médicas *ex post facto*, sino *ex ante*, dados los síntomas y la clínica que presentaba la paciente en cada momento.

Y es a partir de estos datos que se formularon los distintos diagnósticos, tratamientos y pruebas efectuadas a la paciente en cada fase, y conforme a las distintas patologías que presentaba y a la evolución de cada una en cada momento. Y es que *«la calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe*

realizarse por un juicio "ex post", sino por un juicio "ex ante", es decir, lo que se debe valorar es si, con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento, puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente». (sentencia n.º 925 de 19 de noviembre de 2008, del TSJ de Cataluña, n.º de recurso 94/2005).

Por lo demás, y respecto a la última de las intervenciones médicas practicadas, cabe recordar que «es en fecha 06/10/17, que la paciente presenta alteraciones al examen oftalmológico que precisaban una actuación distinta a la anterior, y es por ello que, de forma coherente con la clínica, se programa cita para cirugía de retina con la mayor brevedad posible conforme a los protocolos actuales. La cirugía de retina no es una urgencia vital que haya que operar el mismo día, siendo razonable el plazo de 1-2 semanas dependiendo del caso». En el caso enjuiciado, «la cirugía de retina es realizada en fecha 09/10/17, bajo el diagnóstico principal de desprendimiento de retina total en ojo derecho» (Antecedentes 13ª y 14º del informe del SIP). Debiendo concluirse -a falta de prueba en contrario y teniendo en cuenta que la parte reclamante no cuestiona la adecuación a la *lex artis* de la asistencia sanitaria prestada- que «la nueva clínica manifestada era distinta y fue adecuadamente diagnosticada»; y que «el nuevo diagnóstico de desprendimiento de retina fue tratado en un tiempo razonable, mediante intervención quirúrgica realizada según técnicas y protocolos actuales» (conclusión 5ª).

A la vista de lo anteriormente expuesto, ha de concluirse -siguiendo lo ya informado por el SIP- que no concurren los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, no existiendo evidencias de que la asistencia médica prestada haya sido contraria a la *lex artis ad hoc*.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por (...), se entiende que es conforme a Derecho.