



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 11 de julio de 2018, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 11 de junio de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital Universitario hhhh de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 12 de junio de 2018 se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 266/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 1 de junio de 2016 D. xxxx, de 51 años edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños sufridos a consecuencia de una vitrectomía practicada en el Hospital Universitario hhhh.

En su escrito expone que "(...) fue intervenido de un desprendimiento de retina en el mes de junio del año 2014, en el Hospital (...), tras un diagnóstico de trombosis retiniana (...).

»La evolución no es en absoluto favorable. Finalmente ha perdido la visión del 95% en el ojo izquierdo, aunque no había factores de riesgo concurrentes que explicasen el mal resultado de la intervención.

»Ante esa falta de explicación ante el mal resultado de la intervención, se hace necesario investigar si la pérdida definitiva de la visión del ojo izquierdo ha sido como consecuencia del uso de materiales o productos sanitarios. En concreto, el perfluorocarbono líquido de la marca cccc, que sabemos ha sido utilizado por dicho Servicio en ese Hospital y fue objeto de orden retirada por toxicidad emitida por la Agencia española del Medicamento".

Solicita una indemnización de 200.000 euros por la pérdida de visión completa del ojo.

Segundo.- Al expediente se incorporan los informes emitidos por el Jefe del Servicio de Oftalmología del Hospital Universitario hhhh, notas informativas de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), informe aportado por la compañía sss1 e informe de la Inspección Médica de 1 de agosto de 2016, que concluye:

"1. D. (...), acudió al hospital hhhh por disminución de AV OI (0,2) el 10/03/2014. Se diagnosticó trombosis de rama en vena retiniana en OI con hemorragias maculares y paramaculares e isquemia retiniana ≥ 5 y NV de Papila, se revisó al mes con AV OI 0,6 sin precisar tratamiento.

» Presentó resangrado (hemorragias vítreas) en 5 ocasiones (25 de abril, 23 de julio y 10 de octubre de 2014 y 19 de mayo y 22 de octubre de 2015) que fueron tratadas con inyección intravítrea de Avastín (30 de abril, 23 de julio y 22 de octubre de 2014, y 13 de enero, 16 de junio y 22 de septiembre de 2015) cirugía el 6/06/2014 (facoemulsificación, vitrectomía y láser), y fotocoagulación con láser (5 de noviembre y 3 de diciembre de 2014). Presentó hipertensión ocular en OI, secundaria a la isquemia retiniana inicial (glaucoma neovascular) que fue tratada con medicación tópica y general hasta su control.

»En la última revisión el 22/04/2016 presentaba una AV en OI de 0,4 y PIO normalizada (OI 14mm Hg). En la cirugía no se utilizó ningún tipo de perfluorocarbono líquido (PFCL).

»(...).

»2. La actuación sanitaria del Servicio de Oftalmología fue adecuada a la *lex artis*. El diagnóstico, tratamiento y seguimiento clínico cumplen lo establecido en los protocolos de la sociedad científica de retina, y se adecuaron en todo momento a la patología que presentaba el paciente. La AV final en OI (0,4 difícil) es el resultado de la trombosis de rama de retina y de la isquemia retiniana.

»3. El daño demandado "pérdida 95% de visión OI", no se corresponde con el resultado de la última revisión (AV OI 0,4). No obstante, tampoco se puede establecer nexo entre la disminución de AV final y la utilización del PFCL cccc en la intervención quirúrgica, ya que:

»a. En la intervención quirúrgica no se utilizó ningún tipo de PFCL".

Tercero.- Obra en el expediente escrito de 22 de diciembre de 2016, del Jefe del Servicio de Inspección, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Cuarto.- De la reclamación presentada se ha dado traslado al laboratorio qq1 GMBH, a la distribuidora qq2 S.A y a la aseguradora del laboratorio sss2 AG.

La distribuidora qq2 S.A presenta alegaciones en las que manifiesta la falta de competencia de la Administración Autonómica para resolver el procedimiento, al considerar que ésta corresponde al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y en cuanto al fondo del asunto alega que no se utilizó el producto de la marca cccc y que las secuelas no guardan relación con la toxicidad del producto, sino con la propia patología del paciente.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia a la parte reclamante, ésta no presenta alegaciones.

Sexto.- El 26 de abril de 2018 se formula propuesta de orden desestimatoria, por prescripción, de la reclamación presentada.

Séptimo.- El 22 de mayo de 2018 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por 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, ambas normas aplicables *ratione temporis* al presente procedimiento.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (1 de junio de 2016) hasta que se formula la propuesta de orden (26 de abril de 2018). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación, recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de

noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquél que pueda producirse.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que están, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

5ª.- La primera cuestión que debe abordarse, antes de entrar en el fondo del asunto, es si el reclamante ha ejercitado la acción en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

Para analizar esta cuestión ha de recordarse la reiterada jurisprudencia (a.e., Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2003, que cita otra de 30 de septiembre de 1993) según la cual "por ser la prescripción un instituto no fundado en la justicia intrínseca sino en el principio de seguridad jurídica a fin de evitar en la medida de lo posible el ejercicio tardío de los derechos (Sentencias de 7 de enero de 1981, de 30 de septiembre de 1986, de 20 de octubre de 1988 y las en ella citadas, de 14 de octubre de 1991), debe ser aplicada con espíritu restrictivo, de tal forma que cuando se ponga de relieve un simple atisbo de *animus conservandi* en quien la misma se pretende aplicar, habrá de entenderse interrumpido el plazo de prescripción (vid. Sentencia de 18 de septiembre de 1987 y las en ella citadas)". Asimismo, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2002 señala que "la prescripción, como limitación del ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una interpretación rigorista, por tratarse de una institución que, al no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo, hasta el punto de que el plazo prescriptivo

no puede ser aplicado en forma absoluta que no permita ponderadas y racionales interpretaciones”.

Como se señala en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio y 14 de julio de 2009, en las que se reitera su precedente criterio, “el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (Sentencia de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos, `aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad´ (Sentencia de 23 de julio de 1997)”.

Los perfiles de la institución de la prescripción apuntan, de acuerdo con una doctrina y jurisprudencia consolidadas, a un criterio razonablemente flexible en la apreciación del cómputo del plazo, más que al formal y abstracto, al huir así de aplicaciones contra *cives* o contrarias al criterio *pro actione*. El Tribunal Supremo señala en su Sentencia de 20 de octubre de 1988: “(...) que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta Justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva –Sentencias de 8 de octubre de 1981, 31 de enero 1983, 2 de febrero y 16 de julio de 1984, 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986, 3 de febrero de 1987– (...). Que esta construcción finalista de la prescripción, verdadera «alma mater» o «pieza angular» de la misma, tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades, como en consideraciones de necesidad y utilidad social (...).

»Consecuencia de todo ello es que, cual tiene igualmente declarado esta Sala reiteradamente en su indicada última fase o etapa interpretativa de la prescripción, cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditada y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias”.

Respecto al momento en que se inicia el cómputo del plazo para determinar si entra en juego la institución de la prescripción, en relación con las reclamaciones por daños de carácter físico o psíquico se ha pronunciado la

jurisprudencia en reiteradas ocasiones y distingue si los daños son permanentes o continuados. Al respecto cabe señalar la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 marzo de 2010: "(...) La Jurisprudencia del TS tiene reiteradamente establecido entre otras en Sentencia TS de 11-7-06 que: »`En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas el art. 142.5 de la Ley 30/92 exige que la reclamación se ejercite dentro del plazo de un año desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, precisando la Sentencia de 10 de marzo de 2005, que es cierto que curar significa en rigor recuperar la salud, si bien existen enfermedades o padecimientos en los que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible. En estos supuestos entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la *actio nata*, desde la determinación del alcance de las secuelas, aun cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación y por tanto cuantificable`.

»Por otra parte en posterior sentencia de 21-6-07 establece lo siguiente: `Así planteado el motivo de recurso, ha de partirse de lo que es una reiterada jurisprudencia de esta Sala en relación al dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción. Por todas citaremos la Sentencia de 20 de junio de 2006 donde se dice: Se cuestiona en este recurso la determinación del dies a quo en el cómputo del plazo de prescripción de un año, establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, según el cual el derecho a reclamar prescribe al año de la producción del hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Entiende la jurisprudencia (Ss. de 27 de diciembre de 1985, 13 de mayo de 1987 y 4 de julio de 1990, que son citadas por la de 6 de julio de 1999) que es de aplicación el principio general de la *actio nata*, que significa que el cómputo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, criterio recordado por la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1991 y en las anteriores de 5 de abril de 1989 y 19 de septiembre de 1989.

»A tal efecto, como se indica en la Sentencia de 11 de mayo de 2004, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y daños continuados, entre otras, las siguientes sentencias de 12 de mayo de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio del 2002 y 10 de octubre del 2002, según la cual, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o como señala la Sentencia de 20 de febrero de 2001, en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el *dies a quo* será aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencias, entre otras, de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero de 1994, 26 de mayo de 1994 y 5 de octubre de 2000)´.

»Del mismo modo es de tener en cuenta lo que hemos dicho en reiteradas Sentencias, por todas las de 28 de febrero de 2007, en la que se señala: el *día a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquél en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquél en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten”

De los razonamientos expuestos se pone de relieve que las sucesivas revisiones que efectivamente sirven para mejorar el “*modus operandi*” del paciente que los recibe, no interrumpen el cómputo del plazo de prescripción en aquellos supuestos en que se conocen definitivamente los efectos del quebranto en que la lesión, enfermedad o secuela consisten.

En el presente caso el reclamante manifiesta haber sufrido una pérdida de visión de su ojo izquierdo que ha podido deberse al uso de perfluorocarbono

líquido de la marca cccc, que fue retirado del mercado en junio de 2015, durante la cirugía a la que fue sometido el 6 de junio de 2014.

Sin embargo, la pérdida de visión del paciente deriva de su propia patología, lo que se pone de manifiesto en las revisiones sucesivas, pues durante la intervención no se utilizó perfluorocarbono líquido al no haber desprendimiento de retina. El informe del Jefe del Servicio de Oftalmología pone así de manifiesto que la agudeza visual final es el resultado de la trombosis de rama de retina y de la isquemia retiniana que presentaba el paciente, por la que se realizó la intervención quirúrgica en la que no se utilizó perfluorocarbono líquido, al no ser éste necesario.

En el mismo sentido, tanto el informe de la Inspección Médica como el emitido a instancia de la compañía aseguradora de la Administración consideran que la pérdida de la visión del ojo izquierdo no guarda relación con el uso de perfluorocarbono líquido cccc en la intervención quirúrgica, pues no se utilizó ningún tipo de perfluorocarbono líquido, sino que aquélla es consecuencia de la gravedad del cuadro trombótico y ninguna actuación adicional habría mejorado el pronóstico visual.

El paciente requirió antes y después de la cirugía tratamiento con antiangiogénicos, debido a los repetidos episodios de sangrado derivados de su patología de base. No existe un daño continuado o pendiente de estabilización lesional tras la cirugía, pues se están produciendo episodios puntuales que requieren y requerirán tratamiento.

Por lo tanto, al haberse practicado la cirugía el 6 de junio de 2014, no haberse utilizado perfluorocarbono líquido y no tratarse de daños continuados, sino debidos a la propia patología del paciente, la reclamación presentada el 1 de junio de 2016 debe considerarse prescrita por aplicación del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Como ha señalado este Órgano Consultivo en otras ocasiones (Dictámenes 536/2004, de 21 de octubre; 982/2005, de 24 de noviembre, 567/2007, de 5 de julio, 567/2014, de 3 de diciembre, 371/2015 de 29 de diciembre o 128/2016, de 22 de abril), la formulación de la reclamación en el plazo de un año -plazo de prescripción- no es propiamente un requisito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino del ejercicio de la acción para hacerla efectiva, puesto que la obligación de presentar la solicitud en plazo

y con todos los requisitos legalmente exigidos recae en el solicitante, por lo que este Consejo Consultivo considera que la reclamación debe desestimarse.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede desestimar, por prescripción, la reclamación presentada por D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital Universitario hhhh de xxxx1.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.