



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero y
Ponente
Sr. Madrid López, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 13 de noviembre de 2008, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx1 y Dña. xxxx2*, 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 16 de octubre de 2008, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx1 y Dña. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, D. ccccc, en el Hospital hhhh1 de xxxx3.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 22 de octubre de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 928/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- El 7 de octubre de 2006, D. xxxx1 y Dña. xxxx2 formulan una reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, D. ccccc, en el Hospital hhhh1 de xxxx3.



En dicho escrito se expone que el día 25 de marzo de 2005, el paciente, aquejado de fuertes dolores y molestias en el bajo abdomen, acude con sus padres al Servicio de Urgencias del citado Hospital en dos ocasiones, siendo diagnosticado, respectivamente, de abdominalgia inespecífica y meteorismo. Tras intensificarse los dolores y aparecer inflamado el testículo izquierdo, al día siguiente acuden nuevamente al Servicio de Urgencias, desde donde son remitidos al Hospital hhhh2 de xxxx4, donde el joven fue intervenido de torsión testicular izquierda de carácter grave.

Manifiestan, asimismo, que, como resultado del funcionamiento anormal del servicio de salud, se ha ocasionado un daño evidente concretado en la pérdida del testículo izquierdo, con implantación de prótesis. Reclaman, por ello, una indemnización de 37.360,20 euros, adjuntando copia de diversos informes médicos.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, el Auto de sobreseimiento libre y archivo de las Diligencias Previas nº 531/2005, seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de xxxx3; informes de los facultativos que atendieron al paciente; dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora; e informe de la Inspección Médica, de 31 de julio de 2007, que concluye señalando que, tal como indica el médico forense en su informe, la clínica que presentaba el paciente en el momento de su asistencia en las urgencias del Hospital hhhh1 de xxxx3, era compatible con los diagnósticos que se realizaron y, por el contrario, no sugerente de torsión testicular, al estar ausentes los síntomas cardinales de la enfermedad.

Tercero.- En el trámite de audiencia, se presenta un escrito en el que, tras formular las alegaciones oportunas, se reitera la pretensión indemnizatoria.

Cuarto.- Consta en el expediente escrito de 3 de marzo de 2008, del Jefe de Servicio de Inspección, comunicando el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Quinto.- El 5 de septiembre de 2008, la Dirección General de Administración e Infraestructuras formula propuesta de resolución desestimatoria.

Sexto.- El 16 de septiembre de 2008, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la citada propuesta.



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.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, 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.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (el 7 de octubre de 2006) hasta que se formula la propuesta de resolución (el 5 de septiembre de 2008). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a 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.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la citada 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 los artículos 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.



La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consta que se formuló el 7 de octubre de 2006, es decir, antes de transcurrir un año desde que se dictó el Auto, de fecha 3 de noviembre de 2005 de la Audiencia Provincial de xxx4, por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte reclamante contra el Auto de 21 de julio de 2005, que desestima la reforma del Auto de 30 de junio de 2005, que acuerda el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones por entender que los hechos no son constitutivos de delito.

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 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 ha venido modulando 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 el mismo que se pueda producir.

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, 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.

Quiere con ello decirse que, incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar



automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que, la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias, hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

5ª.- En el caso sometido a dictamen, la parte reclamante solicita una indemnización alegando un error de diagnóstico, ya que habiendo acudido dos veces con su hijo al Servicio de Urgencias del Hospital hhhh1 de xxxx3, no se le diagnosticó torsión testicular, sino abdominalgia inespecífica y meteorismo, lo que llevó a que posteriormente se tuviera que extirpar el testículo e implantar una prótesis.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de tener en cuenta que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe a la parte reclamante, es preciso verificar si en el presente caso se produjo una pérdida de oportunidad (esto es, que se hubiera agravado la situación del paciente por la tardanza en su tratamiento) y determinar si el tratamiento recibido por el paciente era el adecuado a la patología que presentaba.

En relación con el retraso de diagnóstico alegado por la parte reclamante, hay que tener en cuenta que en numerosos supuestos en los que se invoca la pérdida de oportunidad por error de diagnóstico o diagnóstico tardío (o simplemente por funcionamiento anormal de los servicios sanitarios ajenos a la asistencia médica propiamente dicha: derivados de la inevitable tramitación burocrática que todo sistema sanitario complejo conlleva o de tratamientos que no obtienen el resultado previsto), en realidad lo que hay detrás de la reclamación es, o bien una imposibilidad de probar la infracción de la *lex artis*, o supuestos claros de falta de infracción de la misma y, ciertamente, el concepto y la finalidad de este instituto de la pérdida de oportunidad no puede ni debe convertirse en un instrumento alternativo para evitar el enjuiciamiento de si ha habido o no dicha infracción.

Para valorar si ha habido pérdida de oportunidad, tal y como manifiesta numerosa jurisprudencia, "(...) debemos acudir a las estadísticas científicas que la cuantifiquen, según la situación planteada, o la estadística, evidentemente abstracta, indica cuál es la oportunidad".



Pues bien, por la parte reclamante no se ha logrado acreditar la relación causal entre el error de diagnóstico y el daño alegado.

Debe tenerse en cuenta la patología que presentaba el paciente. En las dos ocasiones en las que acudió al Servicio de Urgencias del Hospital hhhh1 de xxxx3 el día 25 de marzo de 2005, no sufría dolores testiculares y tampoco tenía inflamación en el testículo izquierdo.

En el informe de la Inspección Médica de 31 de julio de 2007, se recoge el informe del médico forense incluido en las Diligencias Previas, en el que se señala que: "la clínica presentada en el momento de su asistencia a las urgencias del Hospital hhhh1 de xxxx3, era compatible con los diagnósticos que se realizaron y, por el contrario, no sugiere de torsión testicular al estar ausentes los síntomas cardinales de la enfermedad (dolor e inflamación testicular, fiebre...) pues en el mismo escrito de denuncia se refiere a que es el día 26 de marzo cuando el propio paciente se da cuenta de que tenía inflamado el testículo izquierdo".

Por lo tanto, los síntomas que presentaba el paciente, en el momento de ser asistido en el Servicio de Urgencias del Hospital hhhh1 de xxxx3, no eran las propias de una torsión testicular, ni hacían sospechar su posible existencia.

En el dictamen médico de qqqqq, S.L., se indica que se trató al paciente de conformidad con la *lex artis ad hoc*. El síntoma principal de la torsión testicular es el dolor, presentándose de forma brusca y con signos inflamatorios. La primera vez que el paciente acude a urgencias, el 25 de marzo de 2005 a las 00:50 horas, no refiere dolor en el testículo ni existen signos de inflamación. Acude por dolor abdominal en fosa ilíaca izquierda siendo estudiado correctamente mediante exploración física, analítica hemática, radiología torácica y abdominal. Se le diagnostica abdominalgia inespecífica.

Acude de nuevo a urgencias a las 23 horas de ese mismo día y con los mismos síntomas, sin referir tampoco dolor ni inflamación testicular. De nuevo se le practicó exploración física y analítica y se le diagnosticó meteorismo.

Fue ya el día 26 cuando se presentaron los síntomas de la torsión testicular (esto es, dolor e inflamación del testículo) y se le envió inmediatamente al Hospital hhhh2 de xxxx4.



Por todo ello este Consejo considera que el paciente, en las atenciones prestadas el día 25 de marzo de 2005, no presentaba ningún signo ni síntoma que hiciera sospechar la existencia de una torsión testicular.

No ha existido, pues, error en el diagnóstico, generándose el daño de una manera imprevisible e inevitable, a pesar de que todas las actuaciones llevadas a cabo fueran conformes a la *lex artis ad hoc* y empleando los medios adecuados e indicados por los protocolos médicos, según el estado o conocimiento de la ciencia médica en el momento del acaecimiento de los hechos, no pudiendo considerarse antijurídico el daño sufrido.

Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 20 de diciembre de 1999, que señala: "(...) del resultado de la prueba practicada no se logra acreditar que el daño causado sea consecuencia del actuar normal o anormal del servicio público de salud, sino de la propia gravedad de las lesiones sufridas, en las que el tratamiento dentro o fuera del centro hospitalario resultaba intrascendente y su resultado dependía más de la propia naturaleza del organismo que del tratamiento a aplicar ante las casi nulas posibilidades de curación, pues como ha declarado este mismo Tribunal en algún otro supuesto análogo en el que el daño causado no obedece al funcionamiento del servicio público, ni al actuar del personal que lo integra, sino a la gravedad de las propias lesiones, o a las dificultades presentadas espontáneamente durante una intervención quirúrgica durante la curación de las lesiones sufridas, no cabe exigir que se resuelvan siempre favorablemente sin daños ni menoscabo alguno cuando se han empleado los medios ordinarios para ello, pues la obligación del servicio de salud y del personal a su servicio no es la de obtener siempre un resultado positivo sin daño, sino poner los medios y cuidados necesarios para curar con independencia de su resultado".

A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2001, señala que: "Se puede deducir, en conclusión y conforme a lo razonado en la Sentencia de instancia, que las lesiones aquí cuestionadas no tienen su origen en la forma en que se prestó la asistencia sanitaria, siendo, en cierto modo, inherentes y derivadas de la propia patología del enfermo. No existiendo, en consecuencia, la relación de causalidad directa e inmediata que se pretende. Debe recordarse a este respecto que ya la Ley 30/1992, en su primitiva redacción señalaba en el artículo 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».

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, no puede concluirse que la asistencia recibida por el paciente constituyese un supuesto de infracción de la *lex artis ad hoc*, sino que, por el contrario, las actuaciones sanitarias llevadas a cabo fueron correctas.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx1 y Dña. xxxx2, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo, D. ccccc, en el Hospital hhhh1 de xxxx3.

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