



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero y
Ponente

Sr. Pérez Solano, Consejero

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 3 de diciembre de 2008, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx*, 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 30 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 Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 6 de noviembre de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 975/2008, 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. Fernández Costales.

Primero.- Con fecha 20 de enero de 2006, Dña. xxxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Servicio de Urología del Hospital de xxxxx.



En dicho escrito manifiesta que, como consecuencia de un error de diagnóstico y la tardanza en el tratamiento dispensado por la Sanidad Pública, se vio abocada a acudir a la medicina privada. Expone que aproximadamente desde el año 2000, sufre dolores y molestias en la zona izquierda de la pelvis. Al intensificarse los dolores en el año 2003, la doctora del Equipo de Atención Primaria de xxxx1 remite a la paciente a los Servicios de Obstetricia y Ginecología del Hospital de xxxxx, donde le diagnostican "rectocele grado II-III" y le proponen una intervención quirúrgica de "colporrafia posterior". Practicada la intervención en el año 2003, no cesan los dolores pélvicos, siendo ingresada a mediados de año en el mismo servicio donde se le diagnostica "dolor fosa iliaca izquierda de 3 años de evolución e hinchazón de vientre" por lo que, además de someterla a varias pruebas, es derivada al Servicio de Aparato Digestivo y Urografías. En el citado servicio, después de practicarle varias pruebas diagnósticas en enero de 2004 (entre ellas una cistoscopia y un TAC), se concluye que en la actualidad no se observa patología urológica.

Al persistir los dolores acude a su médico de atención primaria que le remite a otro especialista de Urología perteneciente al SACYL, acudiendo a su consulta en marzo de 2005, en el Centro Médico hhhh1. Después de practicar una serie de pruebas se le detecta, en la Urografía intravenosa practicada el 29 de marzo de 2005, "Uréter izquierdo discretamente ectásico. Ureterocele con cálculo en su interior, Impresiona de implantación urerteral baja (quizás en relación con su antecedente quirúrgico)"; y en el TAC realizado el 4 de mayo de 2005, "Ureterohidronefrosis izquierda moderada. Ureterocele izquierdo con litiasis. Uréter izquierdo con desembocadura a la altura de fondo de saco vaginal". Por último, se le practica un estudio endourológico bajo anestesia y se intenta el tratamiento endourológico de la litiasis observada, aunque se desiste de ello al no visualizar el meato ureteral izquierdo. Se le deriva de nuevo al Hospital de xxxxx, manifestando la reclamante que se hace caso omiso a los estudios y pruebas practicados. El Jefe del Servicio de Urología del Hospital de xxxxx manifiesta que los dolores posiblemente tienen relación con las operaciones de citoscele practicadas en el Hospital hhhh2 de xxxx2 en los años 80, por lo que se tendría que resolver allí.

La paciente y su familia, ante la desconfianza que le provoca la Sanidad Pública de Castilla y León, acude a la medicina privada. En ella se le practica, el 20 de septiembre de 2005, una ureterolitotomía y una ureteroneocistostomía izquierda, en el Hospital hhhh3 de xxxx2.



El 2 de noviembre de 2005, el esposo de la reclamante formula ante la Gerencia de Salud de xxxxx una solicitud de reintegro de gastos, la cual es desestimada con fecha 14 de diciembre de 2005, por no tratarse de una asistencia inmediata, urgente y de carácter vital.

Por todo ello la reclamante solicita, por vía de responsabilidad patrimonial, ser resarcida de todos los gastos ocasionados al haberse producido un error de diagnóstico y de tratamiento por parte del Sacyl, y una indemnización por daños morales, que cuantifica en 29.937,77 euros.

Segundo.- Al expediente se incorporan los siguientes documentos:

1.- La historia clínica de la paciente correspondiente al Hospital de xxxxx, Atención Primaria, Centro de Especialidades Periféricas hhhh1 y Hospital hhhh3 de xxxx2.

2.- Informe del médico adjunto del Servicio de Urología del Hospital de xxxxx, de fecha 9 de mayo de 2006.

3.- Informe de la Inspección Médica de fecha 28 de julio de 2006.

4.- Informe médico pericial, de fecha 12 de septiembre de 2006, emitido a instancia de la compañía aseguradora sssss.

Tercero.- El día 26 de enero de 2007 se concede trámite de audiencia a la interesada, a efectos de que formule alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos. Dentro del plazo concedido, ésta presenta alegaciones manifestando que "Mi representada, como debe constar en esa Gerencia, ha procedido a interponer recurso contencioso-administrativo contra el acto administrativo presunto, en cuya virtud se desestimó por recurso administrativo la reclamación origen del expediente razón de este escrito, habiendo sido admitido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de xxxxx (...).

»Por lo tanto se reiteran y dan por reproducidas en este trámite todas y cada una de las alegaciones de hecho y de derecho formuladas en el escrito de demanda (...)"



Cuarto.- El 16 de septiembre de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada.

Quinto.- El 24 de septiembre de 2008 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la referida 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 la interesada presenta la solicitud de indemnización (20 de enero de 2006) hasta que se formula la propuesta de resolución (24 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 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.

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. Cuando se trata de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En este caso, la reclamación se presentó el 20 de enero de 2006 y fue el 28 de septiembre de 2005 cuando se la retiró la sonda y se produjo su revisión en el Hospital hhhh3, de xxxx2, considerándose esta fecha la de curación. Por lo tanto, la reclamación se interpuso dentro del plazo de un año legalmente establecido.

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 mencionada 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 también citada Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), 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 este sentido hay que señalar que la teoría de la *lex artis* constituye desde hace años un límite preciso de la objetiva responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, teoría que se ha ido afinando por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 82/2002, 3.657/2002 y 3.623/2003). Parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios -debe recordarse aquí el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que generaliza tal criterio, Sentencia de 26 de mayo de 1986-, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Adminis-



tración 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* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamiento no quirúrgico 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.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada por los servicios sanitarios públicos.

Es necesario valorar si la asistencia prestada a la reclamante resulta ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que ésta alega que existió por parte de los servicios médicos un error de diagnóstico y una denegación de la asistencia debida, lo que la obligó a acudir a la medicina privada; circunstancia que motiva su pretensión indemnizatoria.

Antes de entrar a analizar el supuesto sometido a consulta, es preciso tener en cuenta que por la parte interesada, y así se manifiesta en su escrito de



reclamación, se formula el 2 de noviembre de 2005 ante la Gerencia de Salud de xxxxx una solicitud de reintegro de gastos, que es desestimada con fecha 14 de diciembre de 2005, por no tratarse de una asistencia inmediata, urgente y de carácter vital. Posteriormente, no se practican otras actuaciones por el cauce de la jurisdicción social -que es la vía que corresponde para solicitar el reintegro de los gastos-, sino que se interpone la reclamación por responsabilidad patrimonial contra la Administración Sanitaria por error de diagnóstico y denegación de asistencia debida, con el fin de obtener el reintegro de los gastos producidos por acudir a la medicina privada.

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 al reclamante, es preciso verificar si se produjo una pérdida de oportunidad, esto es, que se hubiera agravado la situación del paciente por la tardanza en su tratamiento y establecer si el tratamiento que recibió la paciente era el adecuado a la patología que presentaba.

En relación con el error de diagnóstico alegado por la paciente, 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 bien supuestos claros de falta de infracción de la misma; y, ciertamente, el concepto y la funcionalidad 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 existido 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 parte de la reclamante no se ha logrado acreditar que el diagnóstico del Servicio Público de Salud fuera erróneo, ni que existiese denegación de la asistencia debida, puesto que todas las actuaciones que se



llevaron a cabo en el Hospital de xxxxx fueron encaminadas a detectar, de forma correcta, la patología de la reclamante y se realizaron pertinentemente y con celeridad las pruebas oportunas para dicho fin, siendo la decisión de acudir a la medicina privada libremente adoptada por la reclamante, sin que se viese obligada o abocada a ello por el tratamiento dispensado en la Sanidad Pública.

En el Servicio de Urología del Hospital de xxxxx le practican una cistoscopia y un TAC, en el que se detecta una imagen cálcica milimétrica y el uréter izquierdo desembocando más debajo de lo normal. Le colocan un catéter Pig-Tail. El informe emitido a instancia de la Compañía sssss, de fecha 12 de septiembre de 2006, mantiene que lo indicado ante una litiasis ureteral de tamaño igual o menor a 5 milímetros, como la detectada a la reclamante en enero de 2004, es el tratamiento conservador y no quirúrgico, esperando a que se expulse de forma espontánea, haciendo que aumente la diuresis, mediante el incremento en la ingesta de líquidos por lo que se colocó el catéter doble J (Pig-Tail); lo cual fue un actitud correcta y conforme a la *lex artis ad hoc*, no existiendo pues denegación de asistencia ni error de diagnóstico.

La paciente continua con sintomatología dolorosa, por lo que es remitida al centro La hhhh1 donde, tras practicarle diversas pruebas, se observa, en abril de 2005, que la litiasis ureteral es de 11 milímetros con moderada ureterohidronefrosis. Tanto el informe de la compañía aseguradora sssss como el de la Inspección Médica señalan que, en ese momento, sí que estaba indicada la cirugía y que, ante la imposibilidad de ser llevada a cabo en el centro hhhh1, es remitida al Hospital de xxxxx para que se le practique aquélla el día 6 de junio de 2005, tal y como se recoge en el informe de 24 de octubre de 2005, de los doctores que atendieron a la paciente en el Centro hhhh1.

De todo ello se deduce que la actuación llevada a cabo en el Servicio de Urología del Hospital de xxxxx es acorde con la *lex artis* y que el cuadro de dolor sufrido por la reclamante no es achacable a la asistencia sanitaria recibida, sino a la evolución de su patología.

La jurisprudencia señala que cuando la lesión deriva exclusivamente de la patología que presenta la paciente, como en el presente caso, no nace el deber indemnizatorio de la Administración Sanitaria.



Al respecto cabe reseñar 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, se puede citar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2001: "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 30/92, en su primitiva redacción señalaba en el 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»".

Respecto a los gastos reclamados por el tratamiento recibido en la medicina privada (a la que, según manifiesta, se vio abocada a acudir por dejadez y despreocupación de los facultativos del Servicio del Hospital de Urología de xxxxx), en el informe de la Inspección Médica se pone de manifiesto que la paciente, el mismo día 6 de junio de 2005, se había dirigido a la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx, al conocer que se le derivaba de nuevo al Servicio de Urología del Hospital de xxxxx, para solicitar la derivación al Hospital hhhh2 de xxxx2, donde fue operada en el año 1986 de un cistocele vaginal.



En la historia clínica de la paciente consta la propuesta de canalización, de fecha 6 de junio de 2005, en la que se justifica que es "A petición de la paciente, una segunda opinión". Por lo tanto, la canalización no se realiza desde el Hospital de xxxxx, sino a petición de la propia paciente ante la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx.

Por parte del Hospital hhhh2 se rechaza la derivación por existencia de presión asistencial, y de nuevo se realiza la solicitud con fecha 11 de agosto desde el Servicio de Urología del Hospital de xxxxx.

En informe de dicha fecha, el Jefe de Servicio de Urología del Hospital de xxxxx indica: "Paciente operada en el Hospital hhhh2 de xxxx2 (Servicio de Ginecología) (...).

»La paciente desea ser vista en el Servicio donde la intervinieron. Ruego faciliten dicha petición dada la imposibilidad de tratarla aquí y su desacuerdo con el tratamiento de su caso en este Servicio".

Se vuelve a hacer patente la voluntariedad de la paciente de su derivación. Por todo ello no se puede hablar de una denegación de asistencia.

Por otra parte, la paciente decide ser tratada en el Hospital hhhh3 de xxxx2 (centro privado) el 24 de agosto de 2005, que es cuando comenzó allí sus consultas, antes de conocer la denegación de la segunda petición del Hospital hhhh2, que ocurrió con fecha 31 de agosto de 2005, lo que pone de manifiesto el abandono voluntario de la Sanidad Pública.

En conclusión, debido a la ausencia de relación causal entre la asistencia sanitaria recibida y los daños alegados por la reclamante, no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Todo ello sin negar, obviamente, el legítimo derecho de la paciente de acudir a la sanidad privada, en cuyo caso las consecuencias económicas de tal decisión no pueden ser trasladadas, sin más, a la Administración titular del servicio sanitario público.

6ª.- Finalmente, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y constando que la interesada ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en



dicho proceso o en otro hubiera recaído sentencia firme, no procedería sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

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 Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital de xxxxx.

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