

Dictamen Núm. 255/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 12 de noviembre de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 19 de junio de 2020 -registrada de entrada el día 1 de julio de ese mismo año-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de una histerectomía.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 9 de abril de 2019, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

Expone que el 5 de febrero de 2016 fue sometida a una "histerectomía total más doble anexectomía" en un hospital público, intervención a la que atribuye el padecimiento de una "fístula vesico-vaginal" cuyo retardo diagnóstico le ha ocasionado -según indica- un retraso en "las medidas terapéuticas", así como la pérdida de oportunidad de "someterse a un tratamiento conservador que habría permitido la reparación de la fístula sin (...) soportar los gravísimos daños", tales como "dispareunia (coito doloroso) y algias a nivel de pubis relacionadas con la persistencia en bipedestación o sedestación prolongadas, así como una cicatriz posquirúrgica de 11 cm aproximadamente; ello sin perjuicio de la angustia, zozobra o ansiedad padecida".

Por ello, solicita una indemnización de ochenta y un mil novecientos noventa y ocho euros con setenta y cuatro céntimos (81.998,74 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 658 días de "perjuicio básico", 99 días de perjuicio "moderado", 5 días de hospitalización, un perjuicio derivado de la intervención quirúrgica a la que fue sometida "como consecuencia del retraso en el diagnóstico", 33 puntos de secuelas por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial y 7 puntos de secuelas por perjuicio estético.

Adjunta diversa documentación clínica relativa al proceso objeto de reclamación y un informe pericial emitido por un especialista en Medicina Legal y Forense, así como un compendio de gastos y facturas acreditativas de productos higiénicos absorbentes y medicación.

2. El día 7 de mayo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa petición formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 27 de mayo de 2019 el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite un informe de

los servicios implicados y una copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia.

La especialista en Ginecología que intervino a la paciente informa que la cirugía “fue completamente reglada y sin ningún tipo de incidencias”, evolucionando “de forma satisfactoria” en el “posoperatorio inmediato”. Manifiesta que vio a la enferma en la revisión de 9 de marzo de 2016, y que en ese momento refería “algún escape de orina sin esfuerzo alguno”, por lo que le pautó “Toviaz de 8 mg durante 3 meses sospechando una posible irritación vesical”, y precisa que al no tener “más noticias” supuso que el problema estaba “solucionado”. Añade que “las cirugías tienen una serie de posibles complicaciones (...) recogidas en el consentimiento informado (entre ellas, fístula vesico-vaginal) firmado por la paciente”.

En el informe que suscribe el Director de la Unidad de Gestión de Urología se indica que “en los controles posteriores no existe incontinencia urinaria ni escapes de orina por vagina, habiendo acudido a nuestra Unidad el día 26 de febrero de 2019 a (...) revisión”.

4. Obra en el expediente a continuación el informe pericial elaborado el 30 de noviembre de 2019, a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, por una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal. En él sostiene que “la fístula vesico-vaginal es una complicación contemplada en el consentimiento informado” firmado por la paciente. No obstante, afirma que “se produjo un retraso en el diagnóstico de la fístula y una demora no justificada en la realización de la intervención para reparación de la misma”, por lo que la actuación “no habría sido conforme a los protocolos y la *lex artis* y (...) correspondería estimar parcialmente la reclamación”.

5. Con fecha 7 de febrero de 2020, se recibe un escrito de la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias en el que se considera que la reclamación es extemporánea, aduciendo que “es a partir del 25 de marzo de 2017 cuando debe comenzar el cómputo del plazo anual, ya

que aquí es plenamente concedora de los daños por los que se reclama y del origen de los mimos -fístula-, la cual es resuelta, como objetiva la cistografía”.

6. Mediante oficio de 12 de febrero de 2020, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia del expediente, al haberse interpuesto por la perjudicada recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Consta en el expediente que el 17 de febrero de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas atiende dicho requerimiento.

7. Evacuado el trámite de audiencia, la interesada presenta el 5 de marzo de 2020 un escrito de alegaciones en el que manifiesta su disconformidad con la prescripción planteada por la compañía aseguradora de la Administración. Reitera que el inicio del cómputo del plazo para reclamar debe “quedar establecido en la fecha de alta médica definitiva (10-04-2018), como aquella en la que -con conocimiento de la afectada- se encuentra determinado el alcance de las secuelas con estabilización del proceso curativo”.

Aporta copia de diversos volantes de citación, la queja formulada por el retraso en la realización de una ecografía, informes médicos y registro de accesos a la historia clínica.

8. El día 26 de mayo de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que la reclamación es “extemporánea”. Razona que “el 25-03-2017, a las 17:30 horas, el médico de guardia revisa los resultados de la cistografía realizada el 7-03-2017 y se anota ‘cistografía normal (...) revisión con eco en 1 año’ (pág. 123 de la historia clínica Millennium), y se solicita una consulta con Urología para el 28-03-2017 (segunda indicación de la pág. 15 de la historia clínica Millennium). En dicha consulta se indica nueva consulta ‘tras eco en 1 año’. Es el día 28-03-2017

cuando se constata la estabilización del proceso tras la reparación de la fístula vesical”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de junio de 2020, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin una copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta el 9 de abril de 2019, esto es, varios años después de la fecha en la que se produce la asistencia sanitaria que la motiva (febrero-junio de 2016), lo que aboca a valorar su extemporaneidad en tanto que, encontrándonos ante un supuesto de daños de carácter físico a las personas, debemos acudir al momento en el que se determina el alcance de las secuelas.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que la interesada sufrió una fístula vesico-vaginal secundaria a cirugía ginecológica, motivo por el cual tuvo que ser reintervenida el 9 de febrero de 2017. La evolución posoperatoria fue favorable por lo que se decide alta hospitalaria el día 12 de febrero de ese mismo año. El 7 de marzo de 2017 acude a consulta de Urología para cistografía de control y retirada de la sonda vesical, indicándose revisión con ecografía de control en 1 año. El 3 de abril de 2018 es valorada nuevamente en el servicio implicado refiriendo coitalgia y molestias en la pelvis en general, objetivándose en eco “vejiga con mínima repleción en la que se aprecia, en disposición retrovesical, pequeña colección líquida filiforme localizada entre vagina y cara posterior vesical sugestiva de persistencia de pequeño trayecto fistuloso residual”, por lo que se solicita cistografía que se informa el 10 de abril de 2018, no objetivándose fístula y siendo alta en el Servicio de Urología el mismo día 10 de abril de 2018.

A la vista de ello, la Administración sanitaria con base en los razonamientos expuestos por su compañía aseguradora considera que la reclamación es extemporánea, al fijar “el *dies a quo* el 28-03-2017”, fecha en la que “el médico de guardia revisa los resultados de la cistografía realizada el 7-03-2017 y se anota `cistografía normal (...), revisión con eco en 1 año´ (...),

y se solicita una consulta con Urología para el 28-03-2017 (...). En dicha consulta se indica nueva consulta `tras eco en 1 año´. Es el día 28-03-2017 cuando se constata la estabilización del proceso tras la reparación de la fístula vesical”.

La interesada se opone a este planteamiento alegando que la reclamación ha sido presentada en plazo, toda vez que “el comienzo del plazo anual para reclamar (...) debe quedar establecido en la fecha de alta médica definitiva (10-04-2018), como aquella en la que -con conocimiento de la afectada- se encuentra determinado el alcance de las secuelas con estabilización del proceso curativo”.

Este Consejo viene reiterando (por todos, Dictámenes Núm. 320/2012 y 218/2020) que “para resolver la posible prescripción de la acción de responsabilidad ejercitada no podemos considerar aisladamente los aspectos técnico-médicos de la lesión producida, sino que hemos de introducir un elemento subjetivo, el que se deriva del momento en el que el perjudicado (...) adquiere plena conciencia” del alcance de la lesión, pues en tanto no pueda discernir entre tratamientos curativos y paliativos habrá de estimarse que “no conoce el alcance del daño, por lo que no puede perjudicarle la prescripción”.

En el caso planteado, cuando la perjudicada es reintervenida y acude a la consulta de Urología, en 2017, ya era manifiestamente conocedora de que se había producido un retraso en el diagnóstico y consciente de la “pérdida de oportunidad de someterse a un tratamiento conservador”. Ahora bien, cuando el daño consiste en la privación de un abordaje no quirúrgico el perjudicado solo adquiere plena conciencia del alcance del daño cuando se conocen los resultados definitivos de la cirugía a la que se ha visto abocado a someterse, pues la intervención invasiva comporta unos riesgos que no siempre se manifiestan con inmediatez. De ahí que no pueda admitirse como *dies a quo*, tal como sugiere la propuesta de resolución, la fecha en que se acude a la primera consulta de Urología tras la operación, 28 de marzo de 2017. En esa consulta la paciente no recibe el alta y es citada para realizar una ecografía el 25 de septiembre de 2017 -aunque posteriormente se decidiera posponerla- (folios 146, 147 y 148), y en esa prueba de imagen -el 3 de abril de 2018- se

objetiva "cara posterior vesical sugestiva de persistencia de pequeño trayecto fistuloso residual", reseñándose otras dolencias también asociadas a la cirugía, como la dispareunia o el dolor generalizado en la pelvis (folio 118 de la historia Millennium), sin que la sospecha de fístula residual se descarte hasta el 10 de abril de 2018, fecha definitiva del alta en Urología, cuando las lesiones que persisten ya han de considerarse secuelas.

En suma, median sólidos indicios de que el exacto alcance de las secuelas derivadas de la intervención no es conocido por la reclamante hasta esa fecha, sin que a lo largo del curso clínico se documente en ningún momento que las manifestaciones lesivas hubieran quedado estabilizadas con anterioridad al 10 de abril de 2018. No puede tomarse en consideración, en perjuicio de la interesada, la fecha de la primera revisión en la que no se objetivan complicaciones (28 de marzo de 2017) cuando con posterioridad los propios facultativos sospechan la "persistencia de pequeño trayecto fistuloso" y se evidencian padecimientos que no se apreciaban en los primeros informes. En el cómputo del plazo debe operarse, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, de un modo flexible, antiformalista y favorable a los perjudicados, por lo que ha de concluirse que la reclamación presentada el día 9 de abril de 2019 no es extemporánea.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, observamos que los informes evacuados por los Servicios de Ginecología y de Urología resultan insuficientes, pues se limitan a describir el proceso asistencial de la paciente sin abordar las imputaciones relativas al retraso diagnóstico que esta formula. Al respecto, este Consejo ya estimó

necesario subrayar, dentro del capítulo de “Observaciones y sugerencias” de la Memoria correspondiente al ejercicio 2019, la relevancia de que los informes de los servicios sanitarios a los que se imputa el daño “resulten minuciosos, razonados -y no descriptivos- y referidos singularmente a los daños y nexos causal invocados por los reclamantes”.

Asimismo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Por último, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone 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”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser

efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 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. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder sin más por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños que la reclamante imputa al retraso diagnóstico de una fístula vesico-vaginal.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que la interesada sufrió una fístula vesico-vaginal secundaria a una histerectomía, que precisó cirugía reparadora. Por tanto, la realidad del daño alegado ha quedado acreditada con los informes médicos obrantes en el expediente, sin perjuicio de

la valoración que quepa efectuar en el caso de que se concluya que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente en la fase de diagnóstico tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que un defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017, 285/2019 y 184/2020) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el supuesto analizado, la interesada sostiene que fue sometida a una "histerectomía total más doble anexectomía" en un hospital público, intervención a la que atribuye el padecimiento de una "fístula vesico-vaginal", cuyo retraso diagnóstico le ha ocasionado -según indica- una demora en "las medidas terapéuticas", así como la pérdida de oportunidad de "someterse a un tratamiento conservador que habría permitido la reparación de la fístula". La reclamante no reprocha la antijuridicidad de la lesión -recogida entre los riesgos típicos del consentimiento informado que firmó-, sino el retraso en su detección pese a la sintomatología referida, alegando que un tratamiento precoz habría evitado el padecimiento de los daños enunciados en la reclamación: "dispareunia (coito doloroso) y algias a nivel de pubis relacionadas con la persistencia en bipedestación o sedestación prolongadas, así como una cicatriz posquirúrgica de 11 cm aproximadamente; ello sin perjuicio de la angustia, zozobra o ansiedad padecida". En apoyo de sus imputaciones aporta un informe pericial cuya autora considera que cuando se alcanza el diagnóstico de la fístula vesico-vaginal, "por causa del tiempo transcurrido, ya no era subsidiaria de otro tratamiento que no fuera la corrección quirúrgica". Razona que "la pérdida de la

oportunidad de la aplicación de un tratamiento a tiempo ha llevado consigo la producción de un daño a la paciente que incluye el alargamiento del proceso clínico, el haber precisado de una nueva actuación quirúrgica y el establecimiento de un estado secuelar que incluye secuelas fisiológicas y estéticas". Y concluye que la asistencia sanitaria dispensada "se aleja de una correcta *lex artis* por causa de no haber sido aplicadas, en su momento, las medidas terapéuticas oportunas que hubieran sido útiles para la corrección de la causa de la pérdida de orina cuando la paciente acudió a consulta de Ginecología el día 09-03-2016, ya que de no haberse adoptado una actitud expectativa lo esperable es que no hubiera sido precisa una segunda actuación quirúrgica ni se hubiera producido el alargamiento del proceso".

En el informe del Servicio de Ginecología elaborado a petición del órgano instructor se recoge que el 5 de febrero de 2016 se le efectuó a la reclamante una histerectomía total con doble anexectomía abdominal, cirugía que "fue completamente reglada y sin ningún tipo de incidencias", evolucionando "de forma satisfactoria" en el posoperatorio inmediato", por lo que "fue dada de alta en buen estado". Añade que en la revisión posquirúrgica -9 de marzo de 2016- la paciente "refiere buen estado"; aunque le comenta "que tiene algún escape de orina sin esfuerzo alguno", por lo que le pauta "Toviaz de 8 mg durante 3 meses sospechando una posible irritación vesical". La facultativa manifiesta que no tuvo "más noticias" de ella, por lo que supuso que el problema estaba "solucionado".

Lo cierto es que según los datos obrantes en la historia clínica, la reclamante ya había acudido el 17 de febrero de 2016 al Servicio de Urgencias por "incontinencia urinaria, de predominio nocturno, precisando más de una compresa". Y consta que previamente fue vista por su médico de atención primaria, que le "realizó tira de orina pautando Monurol" (folio 141 de la historia Millennium). Pese a los antecedentes comentados, cuando acude a revisión en el hospital el 9 de marzo de 2016 la ginecóloga únicamente le pauta tratamiento farmacológico, pero no se solicitan pruebas complementarias ni se realiza un seguimiento de la paciente.

El 18 de mayo de 2016, ante la falta de mejoría, la interesada es valorada en consultas externas de Ginecología del centro de salud, estableciéndose la sospecha diagnóstica de "fístula vesico-vaginal (síndrome de Youssef)", por lo que se solicita una urografía con carácter urgente y un TC en el que se objetiva "pequeña fístula en cara posterior de la vejiga que comunica con la cara anterior de la vagina con un orificio milimétrico". Tras acudir a la consulta de Urología en junio de 2016, se incluye a la paciente en lista de espera para corrección quirúrgica. El 2 de octubre ingresa para reparación de la fístula vesico-vaginal iatrogénica, pero al día siguiente se suspende la intervención por "falta de tiempo quirúrgico" (folio 126 de la historia Millennium). Finalmente, la cirugía se practica el 9 de febrero de 2017.

Sentado lo anterior, es evidente que en el asunto analizado se produjo una tardanza de tres meses en el diagnóstico de la fístula vesico-vaginal -desde que acude a revisión refiriendo incontinencia urinaria el 9 de marzo de 2016 hasta que se objetiva la existencia de la fístula en junio de 2016-, con la consiguiente pérdida de oportunidad, de modo que la paciente ya no pudo recibir un tratamiento conservador debido al estado en el que se encontraba, tal y como reconoce la facultativa que informa a instancias de la compañía aseguradora. Al respecto, conviene traer a colación las consideraciones médicas que formula en su informe. En ellas se incluye una referencia bibliográfica a las Actas Urológicas Españolas, volumen 27, núm. 7, julio/agosto 2013, relativa al "Planteamiento terapéutico de las fístulas vesico-genitales", indicándose que la resolución de estas fístulas, "en un pequeño porcentaje de casos", es posible "con medidas conservadoras (sonda vesical, hormonoterapia, fulguración endoscópica, etc.)", y que "en los restantes será preciso realizar un tratamiento quirúrgico". En cuanto al pronóstico de la colocación de una sonda vesical -que es el tratamiento de elección-, se reseña que "aunque hay datos dispares en la literatura respecto a la eficacia de la misma la tasa de éxitos se encuentra entre un 2 y un 24 %, en fístulas yatrógenas entre 16 y 18 %". Es por ello que la facultativa que informa a instancias de la entidad aseguradora considera que "la sospecha de la fístula vesico-vaginal y un posterior diagnóstico temprano, alcanzado durante las ocasiones en las que la paciente acudió a su médico de

cabecera, a Urgencias y a la visita con Ginecología refiriendo pérdidas de orina, hubiera permitido realizar un tratamiento conservador (mediante la colocación de una sonda vesical) `con unas posibilidades de curación de entre un 15 y un 20 por ciento sin necesidad de cirugía´´. Además, advierte que “estaba previsto que la paciente se sometiera a intervención para reparación de la fístula en 4 meses”, teniendo que “soportar un retraso en la intervención de otros 4 meses, ya que se suspendió la cirugía”.

En definitiva, los únicos informes médicos que analizan las concretas imputaciones vertidas en el escrito de reclamación coinciden en la existencia de un retraso en el diagnóstico de la fístula, lo que le ha ocasionado a la paciente una pérdida de oportunidad terapéutica consistente en la imposibilidad de abordaje y curación a través de un tratamiento conservador (sonda vesical) cuya probabilidad de éxito se cifra en torno al 20 %. Por otro lado, se constata un retraso injustificado en la intervención quirúrgica, aunque no se acredita que haya tenido incidencia alguna en el resultado final de la cirugía.

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario, hemos de pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria.

En supuestos similares al que nos ocupa, en los que los usuarios del servicio público sanitario sufren un daño derivado del error o retraso diagnóstico que influye en el proceso de curación o expectativas de mejora del paciente, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias sostiene que “solamente debemos acoger el derecho a la indemnización derivada de la pérdida de oportunidad, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo `la caracterización de la «pérdida de oportunidad» se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta´ (...), y también como `la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como

son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de este mismo´ (...), por lo que hemos de examinar la fijación de la cuantía correspondiente teniendo en cuenta que el desconocimiento de cómo habría podido evolucionar el recurrente en dicho lapso de tiempo encierra una situación de privación de expectativas que, desde el punto de vista jurídico, viene calificado como pérdida de oportunidad (...). Ahora bien, lo expuesto no puede transformarse en un título omnicomprendido del conjunto de daños reclamados a consecuencia del lapso de tiempo transcurrido (...). En conclusión, el único concepto indemnizable es la pérdida de unas expectativas reducidas, y dada la falta de parámetros objetivos (...) procede fijar al respecto una cantidad a tanto alzado, acudiendo a un juicio ponderado y prudente (...), considerando las circunstancias concurrentes (...) y a falta de otros datos objetivos (...) valorando (...) las pruebas practicadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica” (Sentencia de 29 de noviembre de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:3375-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

Asimismo, en supuestos como el presente -pérdida de oportunidad terapéutica- este Consejo ha señalado que la jurisprudencia viene estableciendo que “el daño indemnizable no es el de la lesión, respecto de la cual no es posible saber a ciencia cierta si hubiera podido evitarse, sino que ha de ser propiamente la pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, impidiendo con ello la posibilidad de evitar daños y secuelas. En tales casos, si el daño pudo evitarse en un porcentaje estadísticamente conocido se indemnizará al paciente por haberle privado de la posibilidad de pertenecer al grupo de pacientes que -en un determinado porcentaje- no lo sufre” (por todos, Dictamen Núm. 173/2017).

Como hemos manifestado en ocasiones precedentes, para el cálculo de la indemnización correspondiente a los conceptos resarcibles parece apropiado servirse del sistema establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de

los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, que si bien no es de aplicación obligatoria viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos.

La perjudicada cifra los daños padecidos en la cantidad de 81.998,74 €. Respecto a los 762 días de “perjuicio personal básico por pérdida temporal de calidad de vida”, según el informe pericial abarca el periodo comprendido entre el 9 de marzo de 2016 -fecha en que la paciente acudió a revisión refiriendo la existencia de pérdida de orina- y el 10 de abril de 2018 -cuando fue dada de alta en el Servicio de Urología-. De ese tiempo considera 658 días como “perjuicio básico” (19.740 €), 99 días como perjuicio “moderado” -periodo durante el cual permaneció de baja por incapacidad temporal- (5.148 €) y 5 días como perjuicio “grave” -tiempo que precisó de hospitalización: el día 03-10-2016 y del 08-02-2017 al 12-02-2017- (375 €). En cuanto a las secuelas, valora en 50.354,84 € el “perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial” (30 puntos por el padecimiento de “lesiones vulvares y vaginales que dificulten o imposibiliten el coito” y 3 puntos por “algias a nivel del pubis”) y en 5.830,90 € el sufrimiento de un “perjuicio estético ligero y (...) moderado”, al que atribuye 7 puntos por la cicatriz causada por la cirugía reparadora de la fístula. Asimismo, solicita el resarcimiento del perjuicio personal particular causado por la intervención quirúrgica (550 €).

La Administración del Principado de Asturias propone la desestimación de la reclamación y no entra, por ello, en el análisis del *quantum* indemnizatorio.

Por lo que respecta al perjuicio personal básico, nada tiene que objetar este Consejo a la vista del informe pericial y la información clínica que obra en el expediente. Tampoco se aprecia controversia en la valoración del sometimiento a intervención quirúrgica -acaso evitable de mediar un diagnóstico precoz- y que se cuantifica adecuadamente conforme al baremo de referencia.

En cuanto a las secuelas, hay constancia de que la reclamante padece algias a nivel de pubis, tal y como recoge el informe de la última revisión del Servicio de Urología de 26 de abril de 2019 (folio 116 de la historia Millennium). No obstante, llama la atención que en el informe pericial que aporta se haga

referencia al padecimiento de "lesiones vulvares y vaginales que dificulten o imposibiliten el coito", toda vez que en los informes médicos del servicio público de salud no hay ninguna anotación o comentario al respecto. Revisada la historia clínica, reparamos en que el 8 de mayo de 2018 la interesada acude al Servicio de Urgencias "por sangrado vaginal", por lo que se le realiza una exploración ginecológica sin que se objetiven "lesiones ni laceraciones en vulva". Tampoco se hallaron "restos hemáticos en vagina ni sangrado activo" en la especuloscopia, ni se aprecian "lesiones ni ulceraciones", informándose el tacto vaginal como "normal" (folio 130 de la historia Millennium). No obstante, es cierto que la paciente refiere en la consulta de Urología "coitalgia desde la cirugía" (folio 118 de la historia Millennium). Por tanto, al no disponer de más elementos para determinar de forma indubitada su existencia, nos remitimos al órgano instructor para que valore el alcance de esta secuela, en la que sería de aplicación la fórmula prevista en el artículo 98 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de apreciarse secuelas concurrentes.

En cuanto a la cicatriz secundaria a la cirugía reparadora de la fístula, no cuestionamos su existencia, toda vez que es un daño inherente a la cirugía, si bien su valoración ha de ser revisada asimismo por el instructor del procedimiento.

Ahora bien, habiéndose estimado una pérdida de oportunidad que la facultativa de la compañía aseguradora gradúa "entre un 15 y un 20 por ciento" de posibilidades de curación "sin necesidad de cirugía", se considera que la indemnización resultante de la aplicación del baremo ha de ser minorada en un 80 %, ya que se reconoce que las probabilidades de éxito del tratamiento conservador podían alcanzar un 20%. Pacíficos los conceptos resarcitorios relativos a la intervención quirúrgica y los días de perjuicio personal básico, han de ser compensados en ese porcentaje del 20%, con la excepción de los "cuatro meses" de retardo injustificado de la cirugía, que habrán de computarse en su integridad, previa deducción del tiempo que se estime ajustado a una convalecencia por tratamiento conservador. En lo que atañe a las secuelas y perjuicio estético, cuya valoración habrá de reducirse en un 80 %, se requiere también su revisión por el instructor del procedimiento, de modo que el

quantum resarcitorio final se determine tras un expediente contradictorio al efecto.

Por último, estimándose adecuada la aplicación a los conceptos resarcitorios, a falta de otros referentes objetivos, del baremo que rige para los accidentes de tráfico, debe estarse también a lo previsto en él para su actualización, atendiendo a las cuantías vigentes en el momento en que se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento, que de concretarse en la presente anualidad son las publicadas mediante Resolución de 30 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (*Boletín Oficial del Estado* de 8 de abril de 2020).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos anteriormente señalados.

”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.