



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero y  
Ponente

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 29 de agosto de 2014, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. 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 23 de julio de 2014 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 Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 25 de julio de 2014, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 354/2014, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, 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. Rey Martínez.

**Primero.-** El 27 de febrero de 2013 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios derivados de un error en la asistencia sanitaria que le fue prestada.



Señala que la Unidad de Mamografía de Asistencia Primaria de xxxx1 interpretó erróneamente una mamografía y aconsejó un control en un año, cuando se apreciaba claramente un cáncer en la mama izquierda. Considera que de haberse valorado correctamente no le hubieran realizado una mastectomía, y se hubiera evitado recibir cuatro sesiones de quimioterapia y sus desagradables consecuencias, la caída del pelo, cejas, pestañas etc. Añade que "tendrán que someterme a una nueva intervención quirúrgica para la implantación de prótesis mamaria, con los correspondientes riesgos, revisiones...etc. Y ello sin tener seguridad de que el cáncer no vaya a reproducirse o reactivarse".

Solicita una indemnización de 102.257,10 euros.

Acompaña a su escrito copia de diversa documentación clínica sobre la asistencia recibida.

**Segundo.-** Mediante Resolución de 1 de marzo de 2013 de la Gerencia de las Áreas de xxxx2 se nombra instructor del procedimiento.

**Tercero.-**Consta en el expediente documentación relativa al contrato de servicios de radiodiagnóstico para la prevención y detención del cáncer de mama adjudicado al qqqq1, S.A.

**Cuarto.-** Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica, entre otros los siguientes informes:

- Informe de 21 de agosto del 2013 emitido por un facultativo de la clínica privada concertada qqqq2, S.A. (sociedad anteriormente denominada qqqq1, S.A.), en el que se señala:

"(...) El 19/4/13 recibo un sobre de qqqq2, que aporta documentación sobre un posible error de diagnóstico. Se trata de una Sra. que se explora el 24/2/11. Revisada la exploración mamográfica se solicita realizar unas proyecciones ampliadas de ambas mamas para observar mejor las imágenes. Se pide ampliar zona de mama derecha y zona de mama izquierda. Se observa que la Sra. tiene cicatrices por intervenciones previas para colocación de prótesis en ambas mamas. Recibidas las imágenes ampliadas se aconseja una revisión anual, en lugar de los dos años preceptivos de las



campañas de cribado. La Sra. realiza nueva revisión el 14/6/12, apareciendo en la mama izquierda región retro areolar una imagen de distorsión que se diagnostica como probablemente maligna (categoría 4 BIRADS).

»Las imágenes de posible aumento de la densidad o distorsión que aparecen en ambas mamas son el motivo de la petición de la ampliación de esas zonas de ambas mamas. Una vez recibidas esas imágenes ampliadas, y teniendo en cuenta que la paciente está intervenida previamente por implante protésico bilateral, no se estima necesario, en ese momento, la derivación a más pruebas complementarias, Parece aconsejable una nueva revisión en un periodo de tiempo menor al oficial de campaña de 2 años, haciendo una petición de seguimiento anual, que incluirá un estudio mamográfico de ambas mamas y comparación con el estudio anterior.

»Una vez diagnosticada la exploración del 2012, no parece visualizarse ningún signo de patología en la mama derecha pero sí en región retroareolar de mama izquierda, clasificándola como distorsión de la arquitectura glandular y moderada probabilidad de diagnóstico maligno, con derivación a su centro de referencia.

-Informe de la Inspección Médica de 26 de septiembre de 2013, que concluye que "está claro que un actuar más diligente, hubiese permitido actuar en estadios más precoces, por lo que pudiera ser que la reclamante tenga derecho a una reparación económica".

**Quinto.-** Consta en el expediente la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la presente reclamación, su admisión a trámite por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y la remisión del expediente administrativo a dicho órgano judicial.

**Sexto.-** El 21 de abril de 2014 la empresa aseguradora de la Administración valora el daño corporal causado a la reclamante. Considera que aunque un diagnóstico más precoz "permite en teoría un tratamiento conservador sin necesidad de quimioterapia, al tratarse de una lesión grado 3 y múltiple (cáncer multifocal y multicéntrico), cabe suponer que estas características pudieran estar igualmente presentes incluso en caso de diagnóstico precoz y por tanto, existir indicación de mastectomía ya a esa



fecha". Por ello estima que "la valoración deberá reducirse en un 50%, dado que en virtud al grado tumoral (grado 3) y a la multiplicidad (tumor multifocal y multicéntrico), existe una alta sospecha de que, finalmente, incluso con un diagnóstico precoz, se hubiera precisado igualmente mastectomía y quimioterapia".

**Séptimo.-** Concedido trámite de audiencia, el 2 de mayo la reclamante presenta un escrito en el que señala que ha interpuesto un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación.

El 19 de mayo la empresa qqqq2, S.A. presenta un escrito en el que muestra su disconformidad con el informe de la Inspección Médica.

**Octavo.-** El 16 de junio se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación por importe de 19.655,37 euros, al considerar una pérdida de oportunidad del 50 %.

**Noveno.-** El 7 de julio de 2014 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.h), 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.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (27 de febrero de 2013) hasta que se formula la propuesta de orden (16 de junio de 2014). 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 a la reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

**3ª.-** Concorre en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992 y se ha acreditado la representación en los términos por ella establecidos. 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.

**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 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, nexa 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.

**5ª.-** En cuanto al fondo del asunto, conviene tener presente que 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 están 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 está, 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.

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.

En el caso sometido a dictamen la asistencia prestada a la paciente no resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Así lo ponen de manifiesto el dictamen de valoración del daño emitido a instancia de la Administración y el informe de la Inspección Médica, que consideran que se ha producido el retraso en el diagnóstico y tratamiento al que se refiere el escrito de reclamación.

Todos los informes emitidos en el procedimiento acreditan de este modo que existió un diagnóstico tardío, esto es, que debió haberse diagnosticado la patología padecida con anterioridad, de acuerdo con la situación de la paciente y los medios disponibles, lo que eventualmente podría haber permitido un tratamiento más temprano de la enfermedad.



La dificultad de prueba del nexo causal en procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que hay multiplicidad de causas y causantes de los daños se acrecienta cuando se trata de lo que la doctrina denomina "daños pasivos", o daños que no son consecuencia de una acción directa del facultativo, sino que son debidos a errores de diagnóstico u omisiones de la Administración Sanitaria o del tratamiento, que privan al paciente de cuidados médicos necesarios en el tiempo adecuado.

Con motivo del examen de algunos supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria, el Consejo Consultivo de Castilla y León, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, ha analizado lo que se ha venido a denominar "teoría de la pérdida de oportunidades" (pérdida de oportunidades terapéuticas). Se trataría de la valoración de la responsabilidad por la disminución o merma de oportunidad de curación, o de minoración de las secuelas, para singularizar aquellos procedimientos en que, por la omisión de una prueba analítica o técnica, de un tratamiento o procedimiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un determinado medicamento más completo, o simplemente por un excesivo retraso, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación. En tales casos, al partir de un quebranto de la *lex artis*, debe valorarse el perjuicio de forma proporcional a la pérdida de dicha oportunidad.

El Consejo Consultivo de Castilla y León ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la pérdida de oportunidades terapéuticas, -directamente en los Dictámenes 672/2004; 842/2005; 194, 388, 561/2006; 93 y 148/2007, 360 y 1172/2009; 105/2010; 156/2012 y 619/2013 e indirectamente en otros muchos asuntos.

La teoría debe ser aplicada con precaución, ya que ha de tenerse presente la dificultad probatoria y la dificultad en la obtención de criterios objetivos, al tratarse de los problemáticos "daños pasivos" antes referidos. Así, como señala la Memoria del Consejo de Estado del año 2005, "(...) ésta es una doctrina no sólo incipiente sino muy susceptible de debate público, ya que en último extremo se trata de saber qué habría pasado en realidad si no llega a producirse ese error, sobre la base de que es la propia salud del paciente la que en realidad causa el daño, siendo la actividad sanitaria una actividad que concurre con ese nexo de causalidad pero de imposible constatación de cuál habría sido entonces el resultado final, ya que solo si el servicio se hubiera prestado correctamente se sabría si el resultado resultó en último extremo un





éxito o, por el contrario, inútil al no evitar la propia condición del paciente y la evolución de la enfermedad el resultado dañoso que se produjo en cualquier caso. Es la dificultad de valoración de la pérdida de oportunidad de obtener un resultado favorable que nadie, ni siquiera el mejor funcionamiento posible de los servicios sanitarios puede en realidad garantizar, lo que se intenta valorar, sin que por definición haya parámetros totalmente objetivos para poder imputar el daño al funcionamiento del servicio, ya que es perfectamente posible que, aunque hubieran funcionado a la perfección los servicios sanitarios y conforme al estado de arte en el uso de la tecnología médica, no se puede probar que se habría evitado el resultado dañoso que en último extremo se produjo, pudiendo sin embargo argumentarse que, si hubieran funcionado correctamente los servicios sanitarios, quizás se habría producido otro resultado más favorable para la salud del paciente”.

La Sentencia de 27 de septiembre de 2011 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, señala a este respecto: “ Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, ‘La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable’. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

En este caso, la controversia radica sobre la consecuencia del retraso diagnóstico imputable a la Administración Sanitaria, si la paciente perdió la oportunidad de un tratamiento más eficaz y menos agresivo si, de haber



obtenido un diagnóstico correcto, se hubieran seguido los procedimientos procedentes conforme a los parámetros de la *lex artis*.

A este respecto, el escueto dictamen de valoración de daño corporal emitido por la compañía aseguradora de la Administración indica que "al tratarse de una lesión grado 3 y múltiple (cáncer multifocal y multicéntrico), cabe suponer que estas características pudieran estar igualmente presentes incluso en caso de diagnóstico precoz y por tanto, existir indicación de mastectomía ya a esa fecha". Esta suposición, sobre la que no se pronuncia la reclamante, origina que la Administración Sanitaria reduzca la indemnización en un 50%, al existir "una alta sospecha de que, finalmente, incluso con un diagnóstico precoz, se hubiera precisado igualmente mastectomía y quimioterapia".

Debe recordarse que la prueba de los hechos constitutivos de la reclamación es una carga del interesado, de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori*, aunque la Administración tiene la obligación de facilitar al ciudadano todos los medios a su alcance para cumplir con dicha carga, dado que el procedimiento se impulsa de oficio (artículo 6.2 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), en mayor medida en los casos en que los datos estén sólo en poder de aquélla. De la misma manera, los hechos impositivos, extintivos o moderadores de la responsabilidad son carga exigible a la Administración (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por remisión del artículo 60.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

**6ª.-** Para la valoración de la indemnización procedente, la Administración, al igual que la reclamante, se basa en el sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, aunque, a diferencia de aquella que cifra su importe en atención a las cuantías establecidas para el ejercicio 2013, toma en consideración la última actualización de este sistema hasta la fecha, efectuada por Resolución de 15 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones.

Este Consejo Consultivo considera correctos los factores a considerar y los cálculos realizados en el supuesto que se examina, incluso, a falta de un



mínimo esfuerzo probatorio, la pérdida de oportunidad estimada en un 50%, según la valoración pericial que obra en el expediente, por lo cual la cantidad a indemnizar será:  $39.310,75 \times 50\% = 19.655,37$  euros

En cualquier caso, el importe de la indemnización deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**7ª.-** Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que el interesado ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta por silencio administrativo, denegatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, 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 estimatoria parcial, por importe de 19.655,37 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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