



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 15 de julio de 2010, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. 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 junio de 2010 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. xxxx1 y Dña. xxxx2 debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. vvvvv en el Centro de Salud "hhhhh" de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 18 de junio de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 692/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 3 de noviembre de 2006 Dña. xxxx1 y Dña. xxxx2 presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a su madre Dña. vvvvv, nacida el 8 de agosto de 1940, en el Centro de Salud "hhhhh" de xxxxx al



considerar que se ha producido una incorrecta valoración de síntomas e imagen radiológica por parte de los diferentes profesionales que la atendieron.

En dicho escrito consideran que el Dr. dddd1, facultativo del Centro de Salud "hhhhh", que trató a su madre durante los años 1995 a 1997, debió remitirla, dado los síntomas que presentaba, a un Servicio de Ginecología. El facultativo incluye a la paciente en el "Programa de Actividades Preventivas y de Promoción de la Salud, de Medicina de Familia". El 7 de agosto de 1996 acude de nuevo a su consulta y refiere dolores en su mama derecha. El facultativo se limita a consignar en la historia que refiere sensación de fatiga o falta de aire y estar muy estresada. Se la cita para mamografía.

El 5 de septiembre de 1996, Dña. vvvvv acude al Centro de Salud para la práctica de la mamografía a la que está citada y es atendida por la Dra. dddd2, sustituta del Dr. dddd1, quien realiza una exploración mamaria a la paciente y rellena el impreso para solicitar la mamografía según el "Programa de Actividades Preventivas y de Promoción de la Salud, de Medicina de Familia", pero comete un error al consignar en el apartado "nódulo Palpable" 0. En su escrito de reclamación las interesadas exponen que ante la presencia de una mama patológica debió remitir a la paciente a Ginecología con carácter preferente.

Una vez practicada la mamografía consideran que por parte del radiólogo se cometió un error de diagnóstico respecto a la interpretación de las microcalcificaciones apreciadas en ésta, puesto que se calificaron de benignas.

El 25 de febrero de 1997 la paciente acude de nuevo a la consulta del Dr. dddd1 refiriendo dolor en región dorsal del lado izquierdo y un bulto en la mama derecha con dolor. Se la remite a Ginecología pero no con carácter preferente. El 13 de mayo de 1997 se comunica a la paciente que sufre un cáncer de mama con metástasis en fosa supraclavicular derecha y dudosa en la vértebra D8.

Se deriva a la paciente desde el Servicio de Ginecología al de Oncología para la valoración terapéutica y el 3 de junio de 1997 se le diagnostica: "Carcinoma inflamatorio de mama derecha con nódulo de carcinoma infiltrante. Estado diseminado (M1 por metástasis en adenopatía supraclavicular derecha).



»Se plantea tratamiento con quimioterapia, y dependiendo de resultados, intervención quirúrgica posterior, completar luego quimioterapia y valoración de Trasplante Autólogo con Cédulas Progenitoras de Sangre Periférica y Radioterapia loco-regional (pues aunque existen metástasis supraclaviculares, podría entrar en un campo de radiación)».

El tratamiento comienza el día 5 de junio de 1997 y el 10 de septiembre se realiza una mastectomía derecha y linfadenectomía. Ante la recaída y extensión de la enfermedad se pauta nuevo tratamiento pero la función hepática se va deteriorando y fallece el 8 de noviembre de 1998.

Por todo lo expuesto considera que ha habido una actuación sanitaria negligente por error de diagnóstico con la consiguiente pérdida de oportunidad y reclaman una indemnización total de 112.716 euros.

Se adjunta a la reclamación fotocopia del D.N.I. de las reclamantes, copia del certificado de defunción de Dña. vvvvv y su esposo, fotocopia compulsada del Libro de Familia, telegramas enviados el 29 de octubre de 1999, copia de la denuncia presentada por Dña. xxxx1 ante el Juzgado de Instrucción nº 7 de xxxxx el 26 de noviembre de 1999, copia del Auto de Incoación de Diligencias Previas, dos placas de mamografía, informes emitidos por los Servicios de Hematología y Oncología, tarjeta de la asistencia de la paciente en el Servicio de Ginecología, testimonio literal de las declaraciones presentadas por los facultativos y por el Ministerio Fiscal, ejemplar del programa de prevención del cáncer de mama y Auto del Juzgado de Instrucción nº 7 de xxxxx de fecha 16 de enero de 2004 por el que se acuerda el archivo de las diligencias previas, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran corresponder al perjudicado, y telegramas enviados el 17 de noviembre de 2004 y el 7 de noviembre de 2005.

Segundo.- Al expediente se ha incorporado, además de la historia clínica, informe del Servicio de Hematología del Hospital hhhh1 de xxxxx de 21 de mayo de 2001, informe del Servicio de Oncología del Hospital hhhh1 de xxxxx de 2 de junio de 2001, informe del Dr. dddd1 del Centro de Salud "hhhhh" de 20 de diciembre de 2006 e informe de la Inspección Médica de 4 de julio de 2007.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia, el 29 de octubre de 2007 la



parte reclamante formula alegaciones en las que se ratifica en su pretensión inicial.

Cuarto.- Notificado trámite de audiencia a la Clínica contratista, "hhhh2, S.L", el 29 de octubre de 2009 presenta alegaciones en las que manifiesta que la facultativo de Atención Primaria debería haber solicitado ecografía y biopsia en lugar de una mamografía, mediante la que se podía haber detectado la tumoración subyacente, que considera independiente de las microcalcificaciones. Añade que debió advertirse al radiólogo de la existencia de una masa e incluso no haber remitido a la paciente dentro del programa concertado con la Administración.

Quinto.- Del escrito de la "hhhh2, S.L" se da traslado a las reclamantes que el 14 de siembre de 2009 formulan nuevas alegaciones en las que sostienen lo que ya manifestaban en sus escritos anteriores y afirman que existió un error de diagnóstico por parte del radiólogo.

Sexto.- El 12 de abril de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación y reconoce el derecho a los interesados de percibir una indemnización de 110.960,92 euros correspondientes al 90% de la indemnización calculada conforme a la Resolución de 31 de enero de 2010 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Séptimo.- El 24 de mayo de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente, si bien señala que en la propuesta no se efectúa una adecuada valoración del importe de la indemnización al no incluir en el cómputo los factores de corrección por indemnizaciones básicas por muerte, y tampoco explica por qué corresponde a las reclamantes el 90 % del importe total de la indemnización.

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, 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 (3 de noviembre de 2006) hasta que se formula propuesta de orden (12 de abril de 2010). 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. Esta norma resulta aplicable de acuerdo con el apartado 1 de la disposición transitoria del Decreto 22/2010, de 27 de mayo, por el que se atribuyen competencias de la Junta de Castilla y León al titular de la Consejería de Medio Ambiente y se desconcentran otras en los titulares de sus Órganos Directivos Centrales y en los titulares de las Delegaciones Territoriales de la Junta de Castilla y León.

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. Consta en el expediente que se presentaron varios telegramas. El primero con fecha 29 de octubre de 1999, antes de que transcurriera un año del fallecimiento de la paciente que tuvo lugar el 8 de noviembre de 1998 y el siguiente el 17 de noviembre de 2004, antes de que transcurriera un año desde que se dictó el Auto del Juzgado de Instrucción nº 7 de xxxxx de 16 de enero de 2004.

Sobre los efectos interruptivos de la prescripción de los telegramas se ha pronunciado numerosa jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado. Concretamente el Dictamen núm. 1.232/1999 de 29 de abril, señala que “El telegrama podrá interrumpir el plazo de prescripción, cuando tenga un contenido identificable como de ejercicio de una reclamación, pero no lo es cuando responde a un mero propósito de instar que se tenga por interrumpida la prescripción, lo que, en definitiva, no es mas que un reflejo de lo que dispone para la prescripción de acciones el artículo 1973 del Código Civil”. Del examen de los telegramas incorporados al expediente se deduce la inequívoca voluntad de los interesados de formular la reclamación.

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

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

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

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



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

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

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

e) Ausencia de fuerza mayor.

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

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

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

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, es necesario valorar si la asistencia prestada a la paciente resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que la parte reclamante alega que existió por parte de los servicios médicos una negligencia médica, puesto que se incurrió en un error de diagnóstico en relación con el cáncer de mama que padecía su madre, lo que provocó un retraso en el tratamiento recibido que desembocó en el fallecimiento de ésta.

Para determinar si existe una responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de manifestar 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 el fallecimiento de la paciente fue consecuencia de la tardanza en su diagnóstico y tratamiento.

Respecto al retraso en el tratamiento, 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 ésta 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 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".

Para ello es preciso partir de los informes médicos elaborados en relación con la enfermedad sufrida por la paciente en los que se manifiesta cuál es el origen de ésta y su evolución, así como su seguimiento, para determinar si se está ante una negligencia médica.

Del resultado de las actuaciones practicadas en las Diligencias Previas y de los informes incorporados en el expediente, resulta clara la existencia de un error de diagnóstico en la interpretación de las mamografías. Los informes de los doctores dddd3 y dddd4 son concluyentes al respecto puesto que señalan que al existir un "acúmulo de microcalcificaciones, más de 5 en un área de 10mm, esta lesión entraría dentro de una clasificación de 4D BIRADS, como alteración cuya agresividad debe ser descartada mediante técnicas complementarias, biopsia con estudio histológico (...)".

En similar sentido se recoge también en el Tratado de Ginecología, Obstetricia y Medicina de la Reproducción de Cabero Roura, Luis y Otros, respecto a la clasificación BIRADS, con arreglo al que puede calificarse como 4



(hallazgos sospechosos) o incluso 5 (hallazgos altamente sospechosos -más de 5 microcalcificaciones agrupadas-).

En la hoja de valoración de la mamografía no se refiere que dichas microcalcificaciones puedan ser sospechosas, lo cual condiciona el definitivo diagnóstico de benignidad y determina la actuación posterior.

A la luz de todo lo expuesto y de los datos y las consideraciones recogidas en los informes obrantes en el expediente, ha quedado acreditado que ha existido un error de diagnóstico en la asistencia sanitaria prestada a la madre de las reclamantes, que ha dado lugar a una pérdida de oportunidad por lo que la reclamación debe estimarse.

6ª.- Respecto a la valoración, se aplica el criterio fijado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y la Resolución de 31 de enero de 2010 de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones.

Teniendo en cuenta el resultado producido dado que el tratamiento dispensado a la paciente agravó su situación, se produjo una pérdida de oportunidad, por lo que debe indemnizarse a las reclamantes con el 100% de la cantidad que les corresponde con arreglo al criterio anteriormente establecido, esto es 123.288,92 euros.

Ello sin perjuicio de la repetición del 90% de dicho importe contra "hhhh2, S.L."

Dicha cantidad deberá ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

III CONCLUSIONES

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



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede dictar resolución estimatoria en los términos del cuerpo de este dictamen en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx1 y Dña. xxxx2 debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. vvvvv en el centro de salud "hhhhh" de xxxxx.

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