



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero
Sr. Ramos Antón, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 30 de julio de 2015, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx*, 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 6 de julio de 2015 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. xxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 7 de julio de 2015, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 254/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por 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. Amilivia González.

Primero.- El 20 de noviembre de 2013 Dña. xxx, de 55 años de edad, formula una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxxx1 por la tardanza en el diagnóstico de un cáncer de mama y que evalúa en 6.861,19 euros, de los que



4.861,19 euros corresponden a los gastos originados para obtener tal diagnóstico y 2.000 euros al daño moral causado.

Acompaña a la reclamación copia de diversa documentación clínica sobre el proceso asistencial, tanto de la asistencia pública como de la asistencia privada recibida en la Clínica hhh2, así como de facturas de los gastos médicos efectuados en esta asistencia y de alojamiento de su cónyuge en xxxx2, y detalle de los gastos de desplazamientos a la Clínica hhh2 en vehículo particular los días 22 y 29 de abril de 2013.

Segundo.- Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica, informes de los servicios del Hospital hhh1 de xxxx1 Radiodiagnóstico y Ginecología de 12 y 17 de diciembre de 2013, respectivamente, y de la Inspección Médica de 13 de mayo de 2014.

Consta también en el expediente documentación acreditativa de haberse interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Tercero.- El 5 de diciembre de 2014 se concede trámite de audiencia a la reclamante, quien el 30 de diciembre presenta alegaciones en las que reitera la pretensión.

Cuarto.- El 5 de mayo de 2015 se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación presentada.

Quinto.- El 19 de mayo siguiente 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.i), 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 (20 de noviembre de 2013) hasta que se formula la propuesta de orden (5 de mayo de 2015). 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 al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992. 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, 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 aquel 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 Administración en la propuesta de resolución, si bien considera que la asistencia prestada a la paciente resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, también estima que el diagnóstico efectuado en la sanidad privada ha evitado una demora que hubiese influido negativamente en el proceso asistencial, por lo que propone el resarcimiento de los gastos que ello le ha ocasionado a la paciente.



De acuerdo con los antecedentes que resultan del expediente, el 16 de julio del 2012, mediante el programa público de detección precoz de cáncer de mama, se realizó mamografía a la paciente en la que no se observaron signos radiológicos de malignidad, por lo que se aconsejó nueva revisión a los 2 años. La reclamante acudió a consulta de Ginecología el 14 de marzo de 2013 por una retracción de pezón en mama izquierda. Tras exploración en la que se apreciaron mamas fibroquísticas, sin palpar nódulo definido ni adenopatías axilares, la ginecóloga solicita una ecografía mamaria bilateral, complementaria de la mamografía realizada en julio de 2012 dentro del programa de cribado de la Junta. El informe de la ecografía realizada indica "imagen nodular hipoecoica de bordes bien definidos de 8 x 4,2 mm. de diámetro localizada en el cuadrante inferior interno de mama izquierda compatible con fibroadenoma vs quiste con contenido", y se recomienda control ecográfico a los seis meses. A la vista de este resultado, el 17 de abril de 2013 el ginecólogo solicita mamografía bilateral y ecografía de control, para las que fue citada el 9 de julio y el 24 de septiembre de 2013, respectivamente.

La paciente, por decisión propia, acudió a la Clínica hhh2 de xxxx2 el 22 de abril de 2013, donde ese mismo día realizan mamografía bilateral, que evidencia lesión sospechosa de malignidad en mama izquierda (catalogada como BIRADS 5), y ecografía mamaria bilateral con punción microbiopsica de tumoración de región retroareolar de mama izquierda, informada de carcinoma ductal infiltrante de mama GII, con notable componente de carcinoma intraductal de patrón sólido de grado nuclear intermedio sin necrosis. El 29 de abril de 2013 se completa el estudio en la Clínica hhh2 de xxxx2 mediante RM mamaria y hepática, y estudio PET para estadiaje del proceso, estableciendo juicio clínico de tumoración primaria en región retroareolar de mama izquierda sin evidencia de infiltración metastásica ganglionar en el momento de la exploración.

A este respecto, el informe de la Inspección Médica de acuerdo con el emitido por el Servicio de Radiología del Hospital, señala que la lesión evidenciada en la ecografía efectuada el 15 de marzo de 2013 y por lo que se solicita control a los 6 meses, no corresponde a la zona retroareolar donde presenta la retracción, zona en la que la mamografía efectuada en la Clínica hhh2 de xxxx2 el 22 de abril detectó "área extensa de microcalcificaciones pleomórficas sospechosas de malignidad en región retroareolar de mama izquierda".



Los informes referidos, de Radiología y de Inspección, indican que “la ecografía es una técnica que no valora adecuadamente las micro-calcificaciones en la mama”, motivo por el que la lesión cancerosa diagnosticada en la Clínica hhh2 de xxxx2 mediante mamografía no fuera detectada un mes antes en la ecografía realizada en el Hospital hhh1.

De acuerdo con estos antecedentes la Inspección Médica concluye que “La actuación de los profesionales sanitarios del Servicio Público de Salud, implicados en el proceso asistencial, ha sido conforme a la *lex artis ad hoc*”.

Ahora bien, el mismo informe destaca que tanto el diagnóstico como el tratamiento se hubieran demorado si la mamografía se hubiese realizado en el mes de julio de 2013 para el que fue citada, influyendo en el pronóstico del proceso. Por ello determina que “al ser diagnosticada en un centro privado, una patología en la que el diagnóstico precoz es muy importante, para un buen pronóstico vital, estimo debe ser reintegrado los gastos ocasionados en dicho centro, los traslados precisos y gastos de manutención”.

Las consideraciones de los referidos informes permiten establecer el nexo causal preciso entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, y declarar por ello la responsabilidad patrimonial de la Administración.

6ª.-En cuanto al importe de la indemnización a abonar, de acuerdo con las facturas presentadas por la reclamante, se estiman justificados los gastos de asistencia sanitaria en la Clínica hhh2 de xxxx2 de los días 22 de abril de 2013 (861,51 euros) y de 29 de abril (3.660,68 euros), y el de alojamiento en xxxx2 de su acompañante el día 29 de abril de 2013, por importe de 55 euros.

En relación con los gastos de desplazamiento no se acredita el reclamado en concepto de peajes de autopista, 28 euros por cada desplazamiento, de los citados días 22 y 29 de abril de 2013, por lo que no procede su abono.

Por el contrario, resulta procedente la indemnización del resto de los gastos de desplazamiento, valorados a razón de 0,19 euros/km., sobre la base del artículo 9 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, y del artículo



141.2 de la Ley 30/1992 conforme al cual "La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado". De ello resulta un total de 114 euros, considerando, según alega la reclamante, un trayecto de ida y vuelta en cada desplazamiento desde su domicilio en xxxx1 hasta xxxx2 de 600 kilómetros.

En lo demás, este Consejo comparte el criterio de la propuesta de resolución acerca de la improcedencia de indemnización del daño moral, que se cifra en 2.000 euros en la reclamación, por cuanto solo transcurren cinco días entre la consulta en Ginecología (17 de abril de 2013) y la de la Clínica hhh2 de xxxx2 (22 de abril de 2013) y, precisamente, se indemnizan los perjuicios materiales ocasionados por esta última porque este diagnóstico precoz ha evitado el perjuicio moral que hubiera causado el retraso en el diagnóstico y tratamiento que podría haber concurrido en la asistencia pública y que, de este modo, no se ha producido.

En consecuencia, procede la estimación parcial de la reclamación por importe de 4.805,19 euros.

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

7ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y al constar 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 ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

Por último, en el caso de estimarse la reclamación, se considera conveniente que se comunique la resolución al órgano jurisdiccional que juzgue el asunto, a los efectos de lo que dispone el artículo 76 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 4.805,19 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxxx1.

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