



Sr. Amilivia González, Presidente

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

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de agosto 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 27 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 fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 28 de julio de 2015, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 294/2015, 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. Ramos Antón.

**Primero.-** El 29 de octubre de 2013 Dña. xxx, de 61 años de edad, presenta 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 la Unidad de Atención a la Mujer (Ginecología) del Centro de Salud de xxxx1, dependiente de la Gerencia de



Atención Especializada del Área de xxxx2, por no haberle sido comunicado el resultado de la citología que le fue realizada en el centro de salud el 28 de marzo de 2012, que fue informada el 16 de abril de 2012 por el Servicio de Anatomía Patológica como lesión escamosa intraepitelial de alto grado H-SIL, lo que impidió el diagnóstico y tratamiento precoces de la lesión cancerosa, dando lugar a que ésta progresara hasta ser diagnosticada en septiembre de 2013 de cáncer de células escamosas de cérvix uterino en estadio G3pTnM (T1b2N1Mx). Denuncia la pérdida de oportunidad que ello supone, puesto que, de haberle comunicado los resultados, el tratamiento de la lesión hubiera sido menos invasivo y con mejor pronóstico de curación. Solicita por ello una indemnización alzada de 650.000 euros.

Acompaña a la reclamación copia de diversa documentación clínica sobre el proceso asistencial.

**Segundo.-** Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, informes del Servicio de Obstetricia y Ginecología y del Director Gerente del Hospital hhhh de xxxx3 de 14 y 15 de enero, de la Inspección Médica de 12 de marzo y dictamen pericial de la aseguradora de la Administración de 1 de diciembre, todos ellos 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.-** Ha sido concedido trámite de audiencia a la reclamante en cuatro ocasiones. Ante las sucesivas alegaciones efectuadas por la interesada se emitieron nuevos informes de valoración por parte de la aseguradora de 4 de febrero, 13 y 29 de abril de 2015. El último de ellos evalúa el daño en 261.739,86 euros, cifra con la que la reclamante muestra su conformidad en escrito presentado el 28 de mayo siguiente.

**Cuarto.-** El 1 de junio se formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación presentada por el importe reseñado.

**Quinto.-** El 24 de junio de 2015 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 (29 de octubre de 2013) hasta que se formula la propuesta de orden 1 de junio 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.

**3ª.-** Concurren en la 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.

**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 considera que la asistencia prestada a la paciente no resultó ajustada a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, puesto que se le privó de una valoración hospitalaria precoz, donde se hubiera podido iniciar una sistemática diagnóstica y terapéutica con mayor probabilidad de éxito que la que se desarrolló, pese a la severidad de la enfermedad padecida. De este modo conviene con la reclamante en que se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria, al archivar el resultado patológico de una prueba diagnóstica sin que conste revisión por el facultativo y sin comunicar el resultado a la paciente. Esta actuación ha dado lugar a la privación de un diagnóstico precoz de una patología grave, lo que permitió su evolución a un carcinoma escamoso cervicouterino, que ha avanzado a estadio IIIB, cuando se diagnostica 17 meses más tarde, y que precisó una cirugía más amplia y un tratamiento oncológico más agresivo, con mayores efectos secundarios y con un empeoramiento del pronóstico y de las posibilidades de curación.

Esta afirmación encuentra su base en las conclusiones del informe de la Inspección Médica que indica que "Hubo pérdida de oportunidad al no tratar la lesión H-SIL en 2012. Esta evolucionó a carcinoma de células escamosas de cérvix uterino (T1b2N1Mx), el cual fue diagnosticado en octubre 2013 y tratado con cirugía, quimioterapia y radioterapia entre octubre 2013 y febrero 2014. Requirió un tratamiento más invasivo y complejo que el que inicialmente se hubiera precisado. No obstante, el tratamiento de las lesiones precancerosas H-SIL no excluye la recidiva y/o su evolución futura a cáncer de cuello, actuando como factor de riesgo para ello la presencia de VPH tipo 16 que la paciente presentaba".

Por su parte, el dictamen pericial señala en el mismo sentido que "vistos los tiempos de SIL a carcinoma invasivo, cabe suponer que a fecha 16/04/2012, cuando se detectó la lesión SIL-H, la actuación correcta hubiera llevado a una conización, y el estudio de la pieza quirúrgica habría revelado cuanto menos un carcinoma microinvasivo (estadio IA); en este estadio IA, las opciones terapéuticas pueden ser conización, histerectomía total o histerectomía radical modificada + linfadenectomía pélvica, en función de la afectación de márgenes quirúrgicos y/o invasión del espacio linfovascular. Es decir, dado que el estudio



no se completó no podemos afirmar que se hubiera o no precisado una histerectomía (total o radical)”.

La situación expuesta permite afirmar que, en este caso, un diagnóstico y tratamiento más temprano de la enfermedad podía haber determinado un resultado más favorable para la salud de la paciente, lo que permite fundar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por el daño causado.

Hay que considerar, no obstante, que 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, 619/2013, 35/2014, 230/2015 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 consecuencia del retraso diagnóstico imputable a la Administración Sanitaria supone que la paciente perdió las oportunidades de supervivencia que hubiera tenido si, de haber obtenido un diagnóstico precoz, se hubieran seguido los tratamientos procedentes conforme a los parámetros de la *lex artis*.

A este respecto, el informe de valoración del daño corporal determina que el retraso diagnóstico ha motivado el avance de la enfermedad a un estadio IIIB, cuyas probabilidades de supervivencia se estiman en torno a un 32 % (datos del National Cancer Data Base), por lo que considera que el riesgo de mortalidad consiguiente del 68 % ha de ponderarse como factor de agravamiento en la valoración de secuelas e incapacidad temporal.

**6ª.-** Expuesto lo anterior, para la valoración de la indemnización procedente la Administración 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, y toma en consideración la última actualización de este sistema hasta la fecha, efectuada por Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Aunque en la reclamación la interesada determina una cantidad alzada de 650.000 euros, en el trámite de audiencia se muestra conforme con el sistema de valoración y el cálculo efectuado por la Administración, sobre la base del informe de valoración del daño corporal de 29 de abril de 2015, que cifra la indemnización en 261.739,86 euros.

Este importe corresponde a los conceptos de incapacidad temporal, por 23 días de hospitalización y 250 días improductivos; incapacidad permanente por 40 puntos de secuelas, atendida la edad de la paciente, de 56 a 65 años, y 10 puntos por perjuicio estético. Como se indicó anteriormente, la indemnización por ambos conceptos (85.111,12 euros) debe reducirse en atención a la pérdida de oportunidad, que se ha apreciado en un 68 %, de lo que se obtiene una indemnización de 57.875,56 euros.



A tal cantidad debe adicionarse el 10% de factor de corrección por perjuicios económicos (8.511,11 euros) y el 15% del intervalo establecido en el baremo para la invalidez permanente absoluta, entre 95.862,68 y 191.725, 34 euros (110.242,06 euros). Para la determinación de este último porcentaje señala el dictamen que "La perjudicada tiene reconocida una incapacidad permanente absoluta, con fecha 26 de marzo de 2015, con posibilidad de revisión por agravamiento o mejoría a partir de 1 de marzo de 2017. Dada la edad de la perjudicada, en el último tramo de su vida laboral (considerando la edad de jubilación de 67 años y una vida laboral total de 47 años, a la perjudicada le restarían un máximo de 7 años, a contar desde la fecha de los hechos y 5 desde la fecha de reconocimiento de la incapacidad), la indemnización no podría superar el 15% de dicho intervalo. En este porcentaje no se ha considerado la posibilidad de revisión del grado de incapacidad, porque difícilmente será modificable dado el escaso margen hasta la edad legal de jubilación".

Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que 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 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.

### **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 parcial, por importe de 261.739,86 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 fue prestada.

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