



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

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

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 19 de noviembre de 2015, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de 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 3 de noviembre 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 D. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios sufridos por la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 443/2015, 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 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. Amilivia González.

Primero.- El 10 de octubre de 2014 D. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios sufridos por ésta al serle extirpada la mama derecha, que achaca al deficiente seguimiento de la patología tumoral que padecía.

Expone que, a pesar de que en la ecografía de mama realizada el 27 de diciembre de 2011 se apreciaron signos de malignidad y se recomendó a la paciente "mamografías y ecografías cada seis meses", entre el 20 de junio de 2012 y el 8 de agosto de 2014 no se le realizó ninguna prueba pese a que la paciente lo interesó expresamente. Afirma que ello determinó que la paciente tuviera que ser intervenida en agosto de 2014 para la extirpación total de la mama derecha, daño que, según afirma, podía haberse evitado si se le hubieran realizado los análisis cada seis meses como prevé el Programa de detección precoz de cáncer de mama en Castilla y León.

Se reclama, por ello, una indemnización de 180.000,00 euros.

Se adjunta a la reclamación copia del apoderamiento otorgado al compareciente para actuar en representación de la interesada, de los informes de los estudios radiológicos de 27 de diciembre de 2011 y 8 de agosto de 2014 y del informe de anatomía patológica de 8 de agosto de 2014.

Segundo.- Obra en el expediente la historia clínica de la paciente relacionada con los hechos objeto de la reclamación y los siguientes informes profesionales:

- Informe del facultativo del Servicio de Cirugía General que atendió a la paciente, de 7 de noviembre de 2014. En él se manifiesta que el 25 de noviembre de 2011 se realizó a la paciente una mamografía que fue informada el 7 de diciembre de 2011 como "normal en mama izquierda y con densidad asimétrica en mama derecha, precisando más pruebas por lesión probablemente benigna"; que el 16 de enero de 2012 la paciente acudió a consulta programada, donde fue explorada y se solicitó ecografía mamaria complementaria; que el 27 de febrero de 2012 acudió a consulta con los informes de la ecografía complementaria realizada, en los que se diagnosticó un BI-RADS-3, y se le informó de que, por ello, precisaba "un nuevo estudio en seis meses, a pesar de la ausencia de lesiones sospechosas"; que estaba citada para revisión programada el 27 de agosto de 2012 pero la paciente no acudió y no volvió a tener conocimiento ni relación profesional con ella.

- Informe de la Gerencia de Atención Primaria de xxxx1, de 5 de marzo de 2015, en el que se detallan las citaciones y revisiones realizadas a la

reclamante desde 2011 con motivo del Programa de detección precoz del cáncer de mama, y al que se adjuntan cuatro informes médicos relativos a los reconocimientos efectuados a partir de 2011.

- Informe del responsable del Programa de detección precoz del cáncer de mama, carente de fecha, en el que se afirma que el seguimiento realizado a la paciente fue conforme con el Programa, ya que en junio de 2012 se le diagnosticó un BI-RADS-2 para el que están previsto controles periódicos cada dos años, y en julio de 2014 se le volvió a realizar una mamografía. Se adjunta al informe el protocolo que se sigue en el Programa de detección precoz del cáncer de mama.

- Informe del Servicio de Cirugía General, de 8 de abril de 2015, sobre la cirugía realizada.

- Informe de la Inspección Médica de 20 de abril de 2015, desfavorable a la reclamación, al concluir que las actuaciones realizadas a la reclamante se han basado en el protocolo y oncogúas del Programa de detección precoz del cáncer de mama de Castilla y León y su tratamiento, según lo descrito en la literatura médica actual.

- Dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora de la Administración (en adelante, dictamen médico), el 10 de mayo de 2015, en el que se concluye que la actuación médica desarrollada en relación con el estadio y tratamiento del cáncer de mama de la reclamante "es acorde a lo indicado en el Programa de detección precoz de cáncer de mama de la Junta de Castilla y León y que éste cumple con los criterios recomendados por la OMS, y por tanto es acorde a la *lex artis*".

- Escrito del Jefe del Servicio de Inspección de 17 de junio de 2015, en el que se comunica a la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxx1 que la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad ha considerado "que, inicialmente, no procede acceder a la solicitud indemnizatoria planteada en la reclamación".

Tercero.- Consta que la reclamante ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación, su admisión a trámite y la remisión del expediente administrativo

al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León el 30 de junio de 2015. Se desconoce el estado en el que se encuentra el proceso.

Cuarto.- Concedido el trámite de audiencia, no consta que se hayan presentado alegaciones o documentación alguna.

Quinto.- El 14 de septiembre de 2015 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Sexto.- El 6 de octubre 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 (10 de octubre de 2014) hasta que se formula la propuesta de orden (6 de octubre de 2015). Este retraso constituye un incumplimiento de los plazos previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de

los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, y por tanto 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 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, y está acreditada su representación. 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 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 aquél que pueda producirse.

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 estén 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 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), 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, la reclamante alega que ha existido mala *praxis* por no haberle realizado cada seis meses desde junio de 2012 las pruebas diagnósticas (mamografías y ecografías) que se prevén en el Programa de detección precoz del cáncer de mama en Castilla y León, pruebas que, de haberse realizado, hubieran permitido alcanzar un pronto diagnóstico de la patología que padecía a fin de evitar la extirpación total de su mama derecha.

Sin embargo, los informes médicos emitidos durante el procedimiento ponen de manifiesto que las revisiones se realizaron a la paciente de acuerdo con el protocolo que se sigue en el Programa. Así lo afirma el responsable del Programa, al señalar que el diagnóstico alcanzado el 20 de junio de 2012 fue

un BI-RADS-2, en cuyo caso el Programa prevé un control periódico cada dos años, y que la siguiente mamografía se realizó el 16 de julio de 2014 (tras acudir a revisión el 15 de julio de 2014, revisión cuya cita se le envió el 10 de junio de 2014). Esta aseveración se reitera en el informe de la Inspección Médica y en el dictamen médico, que concluyen que el seguimiento del cáncer de la paciente se ajustó a lo previsto en el protocolo y oncoguías del Programa de detección precoz del cáncer de mama en Castilla y León y que éste sigue los criterios de la literatura médica actual y los recomendados por la OMS, por lo que es acorde a la *lex artis ad hoc*.

Sin perjuicio de ello, el informe del responsable del Programa señala que “es un programa de cribado que se realiza en gente sana. Si por cualquier circunstancia, las personas que están incluidas en este programa notan algún síntoma o circunstancia de sospecha deben dirigirse a su médico de familia, como lo hacen para cualquier otra patología, con el fin de que él proceda a indicar lo que estime conveniente”. Sin embargo, pese a las alegaciones de la reclamante, no consta en la historia clínica remitida que entre junio de 2012 y julio de 2014 la paciente acudiese a consulta o que solicitase la realización de pruebas; es más, el facultativo del Servicio de Cirugía General afirma incluso que no acudió a consulta el 28 de agosto de 2012 y que no volvió a tener conocimiento ni relación profesional con la paciente desde entonces.

Debe recordarse que la obligación de los profesionales médicos, en el caso de la medicina curativa, es de medios y no de resultados, lo que supone la utilización de aquellas medidas que conozca la ciencia médica y que se encuentren a disposición del profesional sanitario en el lugar donde se produce el tratamiento. La *lex artis* se limita, por ello, al deber de aplicar al paciente, de la forma prevista en los referidos protocolos o en la literatura médica, todos los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento, según el contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, síntomas que presenta el paciente y probabilidades de que padezca una determinada patología. No cabe, por lo tanto, reclamar la aplicación de medios diagnósticos para casos en los que la probabilidad de padecimiento de un mal susceptible de ser determinado con aquéllos sea irrelevante (deben realizarse las pruebas diagnósticas exigibles, que no es lo mismo que todas las posibles). Tampoco cabe considerar omisión de medios si los riesgos que corre el paciente por el sometimiento a una prueba o tratamiento son elevados en relación con los

beneficios que obtendría o a las posibilidades de determinar un diagnóstico (Memoria del Consejo Consultivo del año 2013).

En virtud de lo expuesto, se considera que las actuaciones sanitarias se ajustaron a la *lex artis ad hoc* y la reclamación debe desestimarse.

6ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores y al constar que la parte interesada ha interpuesto 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 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:

Procede dictar resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios sufridos por la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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