



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 9 de junio de 2016, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx1*, 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 25 de mayo de 2016 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. xxx1, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 26 de mayo de 2016, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 200/2016, 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 13 de febrero de 2015 Dña. xxx1 presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios derivados del error y retraso en el diagnóstico del cáncer de mama, que le fue detectado al arrojar resultado positivo la mamografía realizada

el 2 de mayo de 2013, cuando previamente, el 20 de noviembre de 2012, se efectuó otra dentro del mismo programa sanitario, en la que se emitió informe negativo. A resultas de la asistencia recibida ha debido practicársele mastectomía total simple derecha con linfadenectomía el 12 de julio de 2013, tratamiento radioterápico y quimioterápico, intervención el 2 de diciembre de 2014 para introducción de expansor y está a la espera de reconstrucción.

A requerimiento de la Administración concreta la indemnización solicitada en la cantidad alzada de 150.000 euros, por los daños físicos, perjuicio estético y daños morales sufridos. Aporta en ese momento copia de diversa documentación clínica sobre el diagnóstico y tratamiento de la patología, informe médico pericial de 30 de mayo de 2015 acerca del trastorno de ansiedad generalizada que padece ligado al diagnóstico de su enfermedad y propone la práctica de prueba testifical de Dña. xxx2, la cual fue denegada por innecesaria por Acuerdo del instructor de 10 de junio de 2015.

Segundo.- Al expediente se incorporan copias de los pliegos y del contrato celebrado con el Centro de Diagnóstico hhh1, S.L. para la lectura e interpretación diagnóstica de mamografías realizadas en el programa de detección precoz de cáncer de mama y de este programa, así como informes del Servicio de Promoción de la Salud de la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad de 27 de julio de 2015, de los especialistas intervinientes de la clínica contratista de 22 de octubre del mismo año y de la Unidad de Radiología de Mama del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital hhh2 de xxxx de 4 de abril de 2016.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia el 1 de diciembre de 2015, el 28 de enero y el 12 de abril de 2016, la reclamante presenta alegaciones el 16 de diciembre de 2015, el 9 de febrero y el 21 de abril de 2016 en las que reitera la pretensión.

Cuarto.- El 27 de abril de 2016 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Quinto.- El 9 de mayo de 2016 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 (13 de febrero de 2015) hasta que se formula la propuesta de orden (27 de abril de 2016). 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 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.

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, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a desestimar la reclamación planteada.

En relación con la asistencia médica prestada, es necesario destacar que, como se ha señalado, al tratarse de responsabilidad en el ámbito sanitario, la obligación 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.

De todos los informes obrantes en el expediente resulta que el proceso asistencial fue correcto y que no existe en este supuesto el error y el retraso en el diagnóstico que denuncia la reclamación, sino que la actuación de los facultativos fue ajustada a los parámetros de la *lex artis ad hoc*, en cuanto que siguió las pautas de control ajustadas a los protocolos médicos y dispuso la realización de las pruebas adecuadas para el diagnóstico y tratamiento de la patología de la reclamante.

A este respecto, como resulta del programa de detección precoz de cáncer de mama incorporado al expediente, en la actualidad existe acuerdo general en que la mamografía es el único método adecuado para ser empleado como prueba en Programas de Detección precoz de Cáncer de Mama (apartado 4.5). El informe de las mamografías lo realizan radiólogos con acreditada experiencia en lecturas de mamografías cumpliendo los criterios de calidad de las guías europeas. Se hace doble lectura en todos los casos con resultado positivo o no valorable y en un 20% (al menos) de los casos negativos en primera lectura, seleccionados aleatoriamente. Esta doble lectura, se realiza por dos radiólogos de forma independiente, con decisión por consenso en caso de discrepancia y si, aun así, no se llega a un acuerdo, prevalece el diagnóstico más severo.

Los protocolos para la lectura radiológica y clasificación de los resultados están basados en el sistema BI-RADS, que establece las siguientes categorías:

0. No valorable/No examinada.

1. Normal.
2. Lesión benigna.
3. Lesión probablemente benigna.
4. Moderada probabilidad de diagnóstico maligno.
5. Alta probabilidad de diagnóstico maligno.

En cuanto a los resultados y conducta a seguir, un primer informe con una categoría 0, puede suponer la necesidad de completar el estudio antes de emitir un informe mamográfico. Una vez realizada la prueba correspondiente se volverá a reclasificar el informe de acuerdo a sus resultados.

Se considera resultado negativo de la prueba, las categorías 1, 2 y 3, correspondiéndole una revisión normal (2 años) a las categorías 1 y 2, y control intermedio, 6 o 12 meses, a la categoría 3.

El resultado 4 y 5 se considera positivo y requiere derivación para estudio especializado.

Cuando el resultado de la mamografía sea de cribado negativo y no requiera continuar estudio (categorías 1, 2 y 3), se remite comunicación a la mujer y a su médico. Si hay sospecha de patología se procede a tramitar su derivación para consulta especializada (gestión de la cita y envío de la documentación necesaria) y se informa al médico y a la mujer en un plazo no superior a una semana (apartado 4.7).

En este supuesto, los hechos descritos en el expediente se inician con la realización de una mamografía de cribado el 20 de noviembre de 2012, informada por los doctores especialistas en radiodiagnóstico de "Q Diagnóstica CYL S.A". El 27 de noviembre de 2012 emitieron informe que categoriza la lesión mamográfica encontrada como 3A (lesión probablemente benigna, control intermedio). El resultado indicado de la prueba es "negativo" y como primera conducta a seguir "continuar estudio a los 6 meses".

El 2 de mayo de 2013 se realizó la mamografía de seguimiento y en informe emitido el 16 de mayo de 2013 por los doctores especialistas en radiodiagnóstico de "Q Diagnóstica CYL S.A", se categoriza la lesión de la mama derecha como 3B (lesión probablemente benigna, más pruebas). En este caso el resultado se señala como "positivo" y como primera conducta a seguir "derivación a centro de referencia".

El seguimiento realizado por el Hospital hhh2 de xxxx, iniciado el 28 de mayo de 2013, constó de una evaluación ecográfica y una biopsia percutánea, y el 14 de junio de 2013 se emite informe con resultado positivo (lesión sólida de carácter sospechoso y positiva para células malignas, carcinoma infiltrante).

Del proceso expuesto resulta que en las actuaciones realizadas por los radiólogos evaluadores de las mamografías se siguió el protocolo establecido en el programa de detección precoz de cáncer de mama. Tal es la conclusión alcanzada en el informe de la Dirección General de Salud Pública que refiere que "En la calificación de la lesión han intervenido dos radiólogos según se establece en el programa para los resultados positivos o no valorables. (...).

»Las actuaciones consecuentes a la calificación de los hallazgos mamográficos como categoría 3A según la calificación BI RADS son las recogidas en el Programa, es decir, se recomienda un control intermedio, que a criterio de los radiólogos actuantes se determinó en 6 meses, el menor tiempo posible contemplado en el programa y las recomendaciones internacionales. (...).

»La prueba de seguimiento, y cuyo resultado fue un hallazgo 3B dio lugar a una derivación para estudio en centro especializado, y por lo tanto, en este caso también, se ha respectado lo indicado en el programa".

Del mismo parecer participa el informe emitido por la Unidad de Radiología de Mama del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital hhh2 de xxxx, que considera que "la conducta en este caso se ajustó en todo momento a protocolo, desde la detección hasta su consideración de reclasificación y envío pertinente a la unidad de referencia".

Las afirmaciones contenidas en los referidos informes no han sido desvirtuadas por las alegaciones de la reclamante, que cuestionan la asistencia

médica practicada y con ello la observancia de la *lex artis*, pero no han sido avaladas por informe alguno y ceden, por tanto, frente a la rotundidad con que las opiniones técnicas señaladas dictaminan a favor de la corrección del tratamiento dispensado en todo momento a la paciente, juicios que tienen, además, la garantía de haber sido emitidos por profesionales médicos.

Puede considerarse, por tanto, al acoger dichos argumentos, que no existen razones objetivas que permitan constatar que la actuación de los profesionales haya sido negligente e incorrecta, ni que los medios utilizados hayan sido inadecuados por lo que no cabe apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Esta conclusión hace innecesario el análisis de la distribución de responsabilidades entre la Administración y el contratista a la luz de la normativa de contratación, contenida actualmente en el artículo 214 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

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 Dña. xxx1, 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.