



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 4 de febrero de 2016, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por 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 20 de enero 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. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija, ya fallecida, Dña. vvvv en el Hospital hhhh de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en esa misma fecha se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 21/2016, 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. Ramos Antón.

Primero.- El 19 de marzo de 2013 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a la pérdida de oportunidad por retraso en diagnosticar un sarcoma de endometrio en grado IV a su hija, Dña. vvvv, de 50 años de edad, en el Hospital hhhh de xxxx1. En su escrito manifiesta que no

se valoró la elevación de marcadores tumorales (C.A. 19.9, 15 veces por encima del máximo) durante el año anterior, que se produjo infravaloración de la sintomatología presentada por la paciente (fuerte dolor con sangrado vaginal que se incrementaba), así como falsa vía en útero durante biopsia endometrial y tardanza de dos meses en realizar el TAC. Por todo, ello cuando el diagnóstico se estableció en octubre de 2012 el tumor era irresecable y la paciente sólo pudo recibir quimioterapia durante dos meses hasta su fallecimiento, el 6 de febrero de 2013.

Solicita una indemnización de 115.646,86 euros.

Adjunta a su escrito partes de la asistencia médica y de los análisis realizados a la paciente.

Posteriormente la reclamante aporta copia compulsada del certificado de defunción de su hija, del certificado expedido por el Ministerio de Justicia, Subdirección General del Notariado y de los Registros, en el que consta que la fallecida no otorgó testamento, y copia de acta de notoriedad de declaración de heredera.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe de las Licenciadas Especialistas del Servicio de Medicina Interna, del Jefe de Servicio de Ginecología, del Jefe de la Unidad de Urgencias, todos ellos del Complejo Asistencial de xxxx1, informe médico pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora ssss e informes de la Inspección Médica de 21 de marzo de 2014 que concluye que "Dada la forma de presentación de los sarcomas de endometrio difusos mediante hemorragia vaginal, su rápido crecimiento, su tendencia a metastatizar, y su mal pronóstico, su estado avanzado el pronóstico y sus opciones terapéuticas no hubieran variado de haber citado en consulta externa de ginecología unos días antes, en agosto, a la paciente".

Tercero.- Consta en el expediente escrito de 19 de junio de 2014, firmado por el Jefe del Servicio de Inspección, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Cuarto.- Asimismo, obra en el expediente documentación acreditativa

de haberse interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en xxxx2.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia, la reclamante presenta alegaciones en las que se ratifica en lo expuesto en su reclamación y señala que el retraso en el diagnóstico de sarcoma de útero de su hija, a pesar de tener elevado el marcador tumoral CA 19.9 desde hacía tiempo, originó la extensión del tumor y la imposibilidad de practicar cirugía para extraerlo.

Sexto.- La Inspección Médica, a la vista de las alegaciones presentadas, el 6 de agosto emite un nuevo informe en el que se ratifica en su informe anterior y señala que la petición del marcador CA 19.9 se realizó en el contexto de una paciente intervenida de insulinoma (tumor pancreático) y pancreatitis crónica y que dicho marcador se puede elevar en la pancreatitis crónica, pero "no hay evidencia de que sea útil para el sarcoma de útero".

Séptimo.- El 20 de noviembre de 2015 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Octavo.- El 21 de noviembre 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 (19 de marzo de 2013) hasta que se formula la propuesta de orden (20 de noviembre 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 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 aquel 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 están, 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 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".

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 782/2013; 805/2013 y 290/2015 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”.

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, ya que de la documentación obrante en el expediente se desprende que no ha existido una pérdida de oportunidad puesto que, dada la patología previa de la paciente y la evolución del tumor que presentaba, el desenlace hubiera sido el mismo en el supuesto en que el diagnóstico se hubiera efectuado con dos meses de antelación.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de poner de manifiesto en primer lugar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe a la reclamante, es preciso verificar si en este caso se produjo una pérdida de oportunidad, esto es que el fallecimiento de la paciente fuera consecuencia de la tardanza en su diagnóstico y tratamiento.

Respecto al retraso de tratamiento alegado por la interesada 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 bien, 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.”

Es preciso partir de los informes médicos elaborados en relación con la

enfermedad sufrida por la paciente, en los que se señala cual es el origen de ésta y su evolución, así como su seguimiento, para determinar si se está ante una negligencia médica.

El informe de la Especialista del Área de Aparato Digestivo señala que la paciente tenía múltiples antecedentes digestivos y padecía pancreatitis crónica, por lo que la aparición en abril de 2011 de la elevación de los marcadores tumorales se relacionó con la patología digestiva y pancreática que presentaba, si bien durante enero y marzo de 2012 se hicieron las pruebas necesarias para descartar la patología neoplásica a nivel del tracto digestivo, continuando las consultas en el Servicio de Digestivo del Hospital de xxxx1 sin presentar clínica ni sintomatología en ninguna de ellas.

La Inspección Médica señala en su informe que la elevación del marcador tumoral al que se refiere en la reclamación se utiliza más frecuentemente para la detección del cáncer de páncreas, patología que en este caso y en el momento en que se detectó se relacionaba con una clínica y sintomatología digestiva que presentaba la paciente. Hay que tener en cuenta que la paciente había sido intervenida de insulinoma y presentaba una pancreatitis crónica. Ante el aumento del marcador tumoral y tras las analíticas pertinentes se le practicó un TAC abdominal y una gastroscopia que no evidenció enfermedad que justificara su elevación.

Ante el dolor abdominal que persistía y el sangrado vaginal, la paciente acudió a su Centro de Salud donde se solicitó una consulta preferente en el Servicio de Ginecología para el 2 de agosto de 2012. No se llegó a cursar esta consulta y la paciente fue atendida en Urgencias el 28 de agosto de 2012, continuando su tratamiento en el Servicio de Ginecología desde ese momento.

Según el informe del Jefe del Servicio de Tocoginecología del Hospital de xxxx1, de 3 de octubre de 2012, el sarcoma del útero es un tumor maligno poco frecuente que no tiene diagnóstico precoz, siendo marcadamente agresivo y con dificultad de tratamiento. Señala que la actuación del Servicio de Tocoginecología desde la primera evaluación fue rápida y exhaustiva con el cumplimiento de todos los requisitos asistenciales que el caso exigía. Concluye que "Por desgracia, el pronóstico no hubiera cambiado de haber sido revisada unos días antes del 28 de agosto de 2012 (se insiste en la corrección del volante de su médico de fecha 2 de agosto del que no tenemos constancia). Como se

aprecia, todas las actuaciones se desarrollaron con días de diferencia y acelerando todos los procesos exploratorios y diagnósticos de que disponía así como la colaboración con la Unidad de Oncología Médica para la continuidad del tratamiento”.

El informe elaborado a instancia de la compañía aseguradora ssss, en relación con la fecha de atención a la paciente en el Servicio de Ginecología del Hospital de xxxx1 desde el día 28 de agosto de 2012, señala que este tiempo no puede considerarse excesivo desde el inicio de la petición de la paciente, que tuvo lugar el 2 de agosto. Considera que este lapso de tiempo no influyó en la progresión del tumor debido a su naturaleza, por lo cual la atención unos días antes no hubiera modificado la actuación médica. Por ello concluye que no existió pérdida de oportunidad, ya que el fallecimiento de la paciente a los 7 meses de la aparición del primer síntoma no se debe a la negligencia de los profesionales del Servicio de Medicina de Aparato Digestivo, Endocrinología y Ginecología del Hospital hhhh de xxxx1, sino a la agresividad del tumor.

El informe de la Inspección Médica en sus conclusiones también señala que “No fue hasta que la paciente acudió a su médico por el sangrado vaginal y el dolor abdominal cuando se pudo empezar a realizar los estudios precisos relacionados con el sarcoma uterino. Esta manera de presentación es típica de los sarcomas de estroma endometrial de útero. La enfermedad ya se encontraba en una fase avanzada que dio como resultado la realización de las medidas terapéuticas practicadas. Dada la forma de presentación de los sarcomas de endometrio difusos mediante hemorragia vaginal, su rápido crecimiento, su tendencia a metastatizar y su mal pronóstico, su estado avanzado el pronóstico y sus opciones terapéuticas no hubieran variado de haber citado en consulta externa de ginecología unos días antes, en agosto, a la paciente”.

Por todo ello puede considerarse, al acoger dichos argumentos, que no existen razones objetivas que permitan constatar que la actuación de los profesionales haya sido negligente e incorrecta y que, aun habiendo realizado un diagnóstico días antes, el resultado hubiera sido diferente, por lo que no cabe apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y, en consecuencia, la reclamación debe desestimarse.

Estas afirmaciones no han sido desvirtuadas por las alegaciones de la parte reclamante ya que, aunque cuestiona la asistencia médica practicada y con ello la observancia de la *lex artis*, 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 al paciente, juicios que tienen, además, la garantía de haber sido emitidos por profesionales médicos.

6ª.- 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, este Consejo se ve igualmente en la obligación de poner de manifiesto que la demora injustificada en resolver el presente expediente de responsabilidad patrimonial, y la consiguiente ausencia de causas expresas denegatorias de su reclamación -la desestimación se produce por silencio administrativo-, ha llevado a acudir a la vía judicial, con los gastos que esto conlleva de procurador y abogado, entre otros. Si bien es cierto que el cumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver en plazo no hubiera impedido, en este caso, que se acudiera a la vía judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que hubieran hecho desistir de esta opción

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. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija, ya fallecida, Dña. vvvv en el Hospital hhhh de xxxx1.

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