



Sr. Amilivia González, Presidente

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

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 7 de julio de 2016, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxx1 y Dña. xxx2, Dña. xxx3 y Dña. xxx4*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 17 de junio 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 D. xxx1 y por Dña. xxx2, Dña. xxx3 y Dña. xxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada, respectivamente, a su esposa y madre, Dña. vvvv, ya fallecida, en el Complejo Asistencial 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 260/2016, 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. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 17 de diciembre de 2013 D. xxx1, Dña. xxx2, Dña. xxx3 y Dña. xxx4 presentan una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido al

fallecimiento de su esposa y madre, Dña. vvvv, el 7 de julio de 2013, a los 63 años de edad, en el Complejo Asistencial de xxxx1.

En su escrito exponen que en el año 2001 la paciente fue diagnosticada de carcinoma papilar de tiroides, por lo que se le practicó una tiroidectomía casi total, con rastreo posterior en el año 2004, el cual resultó ser negativo. En el año 2009 fue nuevamente intervenida de vaciamiento ganglional funcional cervical derecho por presentar metástasis a nivel IB de carcinoma tiroideo. En el año 2011, estando en seguimiento en el centro hospitalario, le fue detectada una tumefacción de la glándula submaxilar derecha, la cual se encontraba pendiente de filiar. Teniendo en cuenta los antecedentes familiares de la paciente (madre con carcinoma de colon y pulmón, tía materna con carcinoma de mama, tío paterno con carcinoma de cabeza y cuello y hermana con carcinoma de mama) se la remitió para estudio genético y así poder valorar la susceptibilidad familiar de poder padecer neoplasia, estudio que nunca se llegó a realizar. En diciembre de 2011 se detectó una adenopatía cervical en el lado izquierdo y el 9 de abril de 2012, tras ser diagnosticada de metástasis cervical, se le practicó un vaciamiento cervico-glangional radical izquierdo. Se acordó tratamiento complementario con irradiación cervical y quimioterapia y fue dada de alta el 11 de mayo.

Desde el postoperatorio la paciente se encontró impedida para poder realizar la deglución y el 27 de abril se le realizó una endoscopia siendo diagnosticada de esofagitis por lo cual, a la fecha del alta se le había colocado una sonda. En noviembre se le realizó una TC cérvico torácica en la que se apreció en el cuello una posible recidiva tumoral y a nivel subpleural una imagen nodular de 8 mm que podía corresponderse a metástasis. Hasta el mes de enero de 2013 no se le practicó una PET para confirmar las sospechas de metástasis. Se confirmó la existencia de metástasis y la posibilidad de utilizar Cetuximab. La paciente fallece el 7 de julio de 2013 en Paliativos derivada desde Urgencias para control de síntomas.

Consideran que ha existido una relación de causalidad entre el fallecimiento de su esposa y madre y el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, dado que ha habido una negligencia médica al no haberse realizado el estudio genético, indicado al detectar tumefacción en glándula submandibular derecha, lo que ha impedido conocer posibles patologías asociadas y anticipar tratamientos, así como una falta de información a la familia

durante todo el proceso asistencial y un retraso en todos los tratamientos, por lo que solicitan una indemnización que cuantifican en 190.000 euros.

Adjuntan a su reclamación copias de los informes médicos de la asistencia sanitaria recibida por la fallecida.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, informes del Jefe de la Unidad de Urgencias del Complejo Asistencial de xxxx1, del Facultativo de la Unidad de Oncología del Complejo Asistencial de xxxx1 y del Facultativo de Aparato Digestivo-Endoscopias del Complejo Asistencial de xxxx1, dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora e informe de la Inspección Médica de 29 de mayo de 2014, que concluye que "(...) se considera que la asistencia prestada a la paciente fue correcta por todos los agentes implicados en atenderla y fue conforme a la '*lex artis*'".

Tercero.- Consta 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.

Cuarto.- Asimismo obra escrito de 23 de febrero de 2015, del 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.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia, los interesados presentan escrito en el que indican que han interpuesto recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Sexto.- El 6 de abril, por Decreto de la Secretaria judicial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en xxxx2, se acuerda tener por desistidos a los recurrentes en el procedimiento, por lo que se devuelve el expediente a la Administración demanda y se archivan las actuaciones.

Séptimo.- El 4 de mayo de 2016 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Octavo.- El 25 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 (17 de diciembre de 2013) hasta que se formula la propuesta de orden (4 de mayo 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, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder a los reclamantes, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en los reclamantes los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, si bien cabe señalar que no presentan documentos que acrediten su relación con la fallecida, que debieron requerirse por el órgano administrativo en el momento procedimental oportuno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la citada ley.

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. Consta que se presentó el 17 de diciembre de 2013, es decir, antes de transcurrir un año desde que se produjo el fallecimiento, que tuvo lugar el 7 de julio de ese mismo año.

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”.

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 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 1.172/2009; 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 concurrido la actuación negligente que se imputa a los servicios sanitarios públicos.

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.

Alegan los reclamantes que se produjo una pérdida de oportunidad, al no realizar a la paciente el estudio genético indicado al detectar tumefacción en glándula submandibular derecha en el año 2011, así como un retraso en derivarla a Oncología tras detectar en TAC de marzo de 2012, imagen polilobulada de 2,3 x 3 cm a nivel II B, así como graves defectos de información a lo largo del proceso asistencial, lo que dio lugar a que la asistencia sanitaria recibida no fuera la adecuada y propició el fallecimiento de su esposa y madre.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de poner de manifiesto que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar, en primer lugar, si en el presente caso se produjo un ejercicio inadecuado de la *lex artis*, para lo cual hay que partir del análisis de los informes médicos incorporados al expediente, y si las omisiones denunciadas condicionan el resultado final, lo que comporta el análisis de la pérdida de oportunidad.

Debe recalcar que la doctrina de la pérdida de oportunidad se refiere a supuestos en que hay una concausa en la producción del desenlace final. Junto a la enfermedad hay una acción u omisión sanitaria que disminuye las posibilidades de curación, sin que pueda saberse con certeza si dichas posibilidades se habrían o no materializado en el caso de prestarse adecuadamente el servicio sanitario.

El informe de la Inspección Médica señala que en la revisión de noviembre de 2011 se detectó en la TAC una imagen nodular de 8 mm que podría corresponder a metástasis. Dado su tamaño y su inespecificidad, se decidió vigilarla y hacer un seguimiento de ella conforme está recogido en protocolo. Pero tras la TAC se realizó una RMN de cuello. Con estos resultados además se solicitó una PET con resultado de alta malignidad de lesiones. La PET se realizó cuando había una sospecha y tras el período de tiempo necesario para no verse interferida por la quimioterapia recibida con anterioridad que pudiera

dar lugar a un diagnóstico erróneo de positividad (falso positivo). El Cetuximab se propuso como tratamiento paliativo una vez confirmada la presencia de metástasis, por lo cual la decisión fue correcta al no poder iniciar tratamientos oncológicos ante la sospecha de metástasis.

Así pues, se pone de manifiesto que en todo momento la paciente fue estudiada para confirmar la malignidad de las lesiones y que las pruebas que se le practicaron se hicieron en el momento adecuado y teniendo en cuenta la patología que presentaba.

En dicho informe también se señala que aunque el juicio clínico final sea insuficiencia respiratoria con metástasis pulmonares, no quiere decir que esa sea la causa de la muerte sino la propia evolución natural de la enfermedad en fase terminal, en la que confluye la neumonía sobre la metástasis, la sospecha de aspiración y la caquexia que contribuyen a la dificultad respiratoria.

Considera la Inspección Médica que, de lo constatado en la historia clínica, no se aprecia error de diagnóstico, ni errores ni negligencias de seguimiento y tratamiento y que toda la actuación sanitaria, de la que la paciente fue debidamente informada, según se desprende de los consentimientos informados que obran en el expediente, se prestó con la máxima celeridad y eficacia.

No puede alegarse una pérdida de oportunidad, ya que el proceso que sufría la paciente era muy grave y su supervivencia de unos dos años, como fue aproximadamente el tiempo que sobrevivió, por lo cual la falta de estudio genético no hubiera influido en las posibilidades estadísticas que tenía de curación o de que su enfermedad hubiera evolucionado de forma distinta.

A la misma conclusión llega el informe médico elaborado a instancia de la Compañía ssss, que señala lo siguiente:

“1. El paciente fue tratado por personal capacitado para tal fin.

»2. Por la documentación aportada existió el diagnóstico de un carcinoma epidermoide de orofaringe (base de lengua).

»3. Las maniobras para el diagnóstico y seguimiento de este tipo de patología fueron las habituales.

»4. No existió desentendimiento en el tratamiento y seguimiento de la paciente.

»5. La disfagia que la paciente presentó es una complicación que por desgracia se presenta en un importante porcentaje de pacientes afectos por esta enfermedad”.

Todo ello evidencia que la paciente tuvo un adecuado tratamiento de la patología grave que presentaba -y de hecho nada han probado en contra- con la utilización de las técnicas aplicables en el momento, por lo que existe una actuación médica acorde a la *lex artis ad hoc*. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2004 que señala que “(...) el daño sufrido por el recurrente no pudo calificarse de antijurídico, ya que la intervención practicada se llevó a cabo con total corrección y la conveniencia de la intervención quirúrgica no se pone en duda, según expresamente declara como hecho probado la Sala de instancia en su fundamento jurídico sexto. No hay, por otra parte, en autos constancia alguna en los informes médicos emitidos, que la técnica utilizada fuera incorrecta y que el resultado hubiera sido distinto de haberse seguido otro método. Faltó, pues, el nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño producido.”

Constan, además, en la historia clínica los documentos de consentimiento informado de todas y cada una de las actuaciones practicadas firmados por la paciente y el facultativo actuante, en los que se recoge información suficiente y comprensible de la intervención, beneficios y riesgos que de ella se derivan, y en el que se contemplan y detallan expresamente las complicaciones que pueden producirse.

Por ello, al haber sido informado la paciente del proceso asistencial recibido y no apreciarse mala *praxis* médica, el daño sufrido no es antijurídico y, en consecuencia, la reclamación debe desestimarse.

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. xxx1 y por Dña. xxx2, Dña. xxx3 y Dña. xxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada, respectivamente, a su esposa y madre, Dña. vvvv, ya fallecida, en el Complejo Asistencial de xxxx1.

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