



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 21 de junio de 2018, 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 31 de mayo de 2018 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 hermana fallecida, Dña. vvvv*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el mismo día, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 237/2018, 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 30 de marzo de 2015 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hermana, Dña. vvvv, que achaca al retraso diagnóstico del cáncer de mama que ésta padecía.

Expone que desde el sexto mes de su embarazo (aproximadamente marzo-abril de 2013) la paciente notó un bulto en su mama derecha y que lo comunicó en varias ocasiones a la matrona del centro de salud de xxxx1, durante el embarazo y en las revisiones posteriores al parto, que tuvo lugar el 26 de julio de 2013; que, al haberse producido el parto mediante cesárea, en noviembre de 2013 acude a revisión de Ginecología del Hospital Universitario hhhh de xxxx2, donde tras realizarle una ecografía, una mamografía y una biopsia, el 10 de enero de 2014 le confirman que padece un cáncer de mama. Posteriormente, tras diversas pruebas, el Servicio de Oncología diagnostica cáncer de mama triple negativo en estado 3 y pauta tratamiento con quimioterapia, mastectomía y radioterapia, pese a lo cual la paciente fallece el 9 de diciembre de 2014.

Alega que ha existido negligencia de la matrona del centro de salud, que, a pesar de las ocasiones en que se le comunicó la existencia del bulto en el pecho, no derivó a la paciente al médico de Atención Primaria o a Ginecología; lo que ha impedido la detección precoz del cáncer y la supervivencia de la paciente.

No cuantifica el importe de la indemnización.

La reclamación, presentada en el registro del Ayuntamiento de xxxx3, tiene entrada en el registro de la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxx4 el 12 de mayo de 2015.

**Segundo.-** El 22 de mayo se requiere a la reclamante para que acredite su legitimación e identifique a otros posibles interesados.

El 29 de mayo identifica como interesados a los padres y al marido de la fallecida y aporta copia de los Libros de Familia y de los DNI de todos ellos.

**Tercero.-** Obra en el expediente la historia clínica de la paciente y los siguientes informes profesionales:

- Informe de la matrona del centro de salud, de 9 de mayo de 2015.

- Informe de la Inspección Médica de 24 de agosto, desfavorable a la reclamación.

- Informe médico pericial elaborado por la compañía aseguradora de la Administración el 22 de septiembre, en el que se concluye que la *praxis* médica en relación con el estudio y tratamiento del cáncer de mama que padecía la paciente es acorde con las guías clínicas de diagnóstico y tratamiento y, por tanto, con la *lex artis*.

- Escrito del Jefe del Servicio de Inspección de 17 de diciembre de 2015, remitido a la Gerencia de Salud de las Areas de xxxx4, en el que se considera "que, inicialmente, no procede acceder a la solicitud indemnizatoria planteada en la reclamación".

**Cuarto.-** Concedido el trámite de audiencia, el 27 de enero de 2016 D. yyyy, en representación de Dña. xxxx –según acredita con el poder que aporta-, presenta un escrito de alegaciones en el que señala que ninguno de los profesionales que atendieron a la paciente recoge en la historia clínica todo lo relacionado con el bulto y las molestias que presentaba la paciente, o "simplemente lo han borrado de sus programas", y que es contrario a la buena praxis que entre marzo y noviembre de 2013 "nadie refleje la existencia de ese bulto ni que se le realizara ninguna prueba"; identifica a tres testigos que escucharon a la paciente comunicar a la matrona la existencia del bulto, sus molestias y su preocupación por ello; y concluye que existió negligencia por no haberse realizado prueba alguna que hubiera permitido una detección precoz del cáncer que padecía.

**Quinto.-** El 3 de febrero el Jefe de la División de Asistencia Sanitaria e Inspección, a la vista de las alegaciones presentadas, comunica que "no estima necesario realizar ninguna consideración al respecto, manteniendo el criterio expuesto en el Informe de Inspección Médica de fecha 24/08/2015".

**Sexto.-** El 16 de febrero se requiere al representante de Dña. xxxx para que identifique a los testigos propuestos, comunique las preguntas que considere preciso formularles y acredite la representación de los restantes interesados para los que solicita indemnización.

El 26 de febrero presenta un escrito en el que manifiesta aportar un poder notarial de representación de los padres, del marido y del hijo de la fallecida (documento que, sin embargo, no obra en el expediente remitido), reitera sus alegaciones y formula las preguntas a realizar a las testigos que identifica.

**Séptimo.-** Obran en el expediente las declaraciones testificales escritas presentadas el 10 de mayo.

**Octavo.-** El 19 de agosto el Jefe de la División de Asistencia Sanitaria e Inspección solicita informes a la médico de Atención Primaria y a las matronas del centro de salud de xxxx1 y al Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario hhhh.

El 10 de octubre el Director Gerente de Atención Primaria xxxx4 Oeste remite los informes de las matronas de 13 de septiembre y 5 de octubre y comunica que no se ha podido recabar el informe de la médico de Atención Primaria del centro de salud por encontrarse ésta en situación de incapacidad temporal.

El 9 de diciembre de 2016 y el 17 de enero de 2017 se reitera la petición de informe al Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario hhhh.

El 20 de enero el Director Gerente del Hospital remite informes del Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia y de la supervisora de obstetricia, fechados el 10 de enero de 2017 y 1 de septiembre de 2016 respectivamente, a los que se adjunta copia de los evolutivos de enfermería y de los cuidados de enfermería al alta.

**Noveno.-** El 13 de marzo el Jefe de Servicio de Inspección y Evaluación de Centros solicita al Director Gerente del Hospital hhhh aclaración sobre diversas cuestiones relacionadas con la asistencia prestada.

**Décimo.-** El 19 de abril el Director Gerente de Atención Primaria xxxx4 Oeste remite el informe de la médico de atención primaria del centro de salud, de 10 de abril de 2017, en el que se señala que no consta en la historia clínica referencia alguna a un bulto en la mama con anterioridad a su diagnóstico.

**Decimoprimer.-** Ante la falta de respuesta del Hospital hhhh, la petición de aclaración se reitera el 7 de mayo y el 3 de octubre.

**Decimosegundo.-** El 20 de diciembre de 2017 el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia emite un informe en el que manifiesta que los datos del proceso de gestación durante el año 2013 figuran exclusivamente en la cartilla maternal, que en la historia clínica no obran "datos que hagan sospechar la existencia de una tumoración mamaria durante el embarazo, ya que estos datos quedan en la cartilla maternal de la paciente", y que la paciente fue atendida en el Servicio en 2014.

**Decimotercero.-** El 7 de febrero de 2018 se notifica al representante de Dña. xxxx la apertura de un nuevo trámite de audiencia y se le insta a que presente la cartilla de embarazada de la paciente y la documentación acreditativa de la representación del resto de interesados (solo consta la representación de Dña. xxxx).

El 22 de febrero el compareciente aporta el poder otorgado a su favor por el resto de interesados, manifiesta que los reclamantes no tienen la cartilla de embarazada, formula diversas alegaciones a los informes emitidos por los profesionales y reitera la pretensión resarcitoria

**Decimocuarto.-** El 18 de abril se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación, al no resultar acreditado que la paciente manifestase en alguna de las consultas a las que acudió la existencia de un bulto en su mama derecha".

**Decimoquinto.-** El 8 de mayo de 2018 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, ambas normas aplicables *ratione temporis* al presente procedimiento.

No obstante, debe ponerse de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (30 de marzo de 2015) hasta que se formula la propuesta de orden (18 de abril de 2018); lo que 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.

A este respecto, debe tenerse presente que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos; y que los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes

para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos. Ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 41.1 y 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**3ª.-** Concurren en los reclamantes 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 aquel que se pueda producir.

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 negligencia por no haberse realizado prueba alguna a la paciente que hubiera permitido una detección precoz del cáncer que padecía.

Parece razonable entender que la paciente, si hubiera notado un bulto en el pecho, consultara tal circunstancia con los facultativos de Atención Primaria y del Servicio de Ginecología, de lo que habría constancia en la historia clínica. Sin embargo, no obran referencias a ello en la documentación remitida.

Se ha indicado en reiteradas ocasiones que el Consejo Consultivo, al dictaminar sobre los expedientes sometidos a consulta, debe valorar y pronunciarse únicamente sobre lo que figura en la documentación obrante en el expediente remitido. La función consultiva de este Consejo está delimitada por las actuaciones practicadas por la Administración activa, sin que pueda realizar acto de instrucción alguno y sin que quepa presumir hechos o circunstancias cuya realidad no esté acreditada en el expediente. En el caso de

expedientes de responsabilidad patrimonial por daños derivados de actuaciones sanitarias, cobra especial trascendencia, a los efectos de dictaminar sobre el fondo del asunto, el contenido de los informes médicos que se hayan emitido así como la información obrante en la historia clínica.

En el supuesto objeto de dictamen, aun cuando las declaraciones escritas de los testigos podrían constituir un indicio de que la paciente hubiera comentado a la matrona la presencia del bulto en el pecho, no corresponde a estas profesionales la realización de diagnósticos, sino el apoyo, información y preparación al parto. Por otra parte, la ausencia en la historia clínica de referencia alguna a la presencia de un bulto en el pecho en las consultas del Servicio de Ginecología, durante el año 2013, anteriores y posteriores al parto, y la falta de indicios de prueba complementarios que permitan alcanzar otra conclusión, impiden tener por cierta la realidad de tal hecho.

Por ello, sobre la base de los datos obrantes en el expediente y dado que los reclamantes no han aportado elementos probatorios suficientes que puedan desvirtuar las afirmaciones contenidas en el informe de la Inspección Médica y en el informe médico pericial y alcanzar una conclusión diferente, no puede considerarse probado que se haya producido un retraso diagnóstico por parte de los servicios sanitarios públicos y 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 Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hermana fallecida, Dña. vvvv.

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