



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 8 de febrero de 2018, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. 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 25 de enero 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 D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de 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 39/2018, 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. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 15 de diciembre de 2015 D. xxxx, de 46 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

Expone en su escrito que hubo un grave retraso en el diagnóstico del cáncer que padecía, que le ha supuesto una pérdida de oportunidad. Alega que "desde el mes de mayo de 2012, primera vez que (...) acude al Hospital hhh1 donde le detectan las lesiones focales que son diagnosticadas como hemangiomas; hasta el mes de diciembre, cuando en la Clínica Universidad de Navarra se le diagnostica metástasis hepática de carcinoma neuroendocrino; se produce una evolución de la enfermedad que impide realizar una cirugía hepática debido a la existencia de lesiones óseas metastásicas".

Solicita una indemnización de 731.772,26 euros.

Acompaña a su escrito una relación de los gastos médicos sufragados en la medicina privada.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, entre otros, los siguientes documentos:

- Informe elaborado por el Jefe del Servicio de Cirugía General del Hospital hhh1 el 8 de marzo de 2016, en el que se describen las actuaciones realizadas.

- Informe emitido por la Inspección Médica el 23 de junio de 2016, en el que se concluye que "Que D. xxxx fue atendido en el Hospital hhh1 de manera correcta, utilizando todos los medios a su alcance, para llegar a un diagnóstico.

»Que una vez diagnosticado, pero ante la imposibilidad de llegar a un diagnóstico etiológico se deriva a un hospital de tercer nivel como es el Hospital hhh2.

» Que en todo momento D. German utilizó los Servicios Públicos de Salud acudiendo a los tratamientos que le eran pautados por el Servicio de Oncología del Hospital hhh2, si bien de manera alternativa utilizaba por su cuenta los Servicios de la CUN para tratamientos no autorizados por el Sistema Público de Salud.

» Que no ha habido una pérdida de oportunidad tal y como alega el paciente en su reclamación dado que se trata de un tumor diseminado

y sin haber podido localizar el tumor primario, por lo que no hay opciones quirúrgicas, siendo el tratamiento el que se ha pautado, por los servicios públicos de salud, por lo que los daños que se derivan de los hechos, no se han podido evitar, según el estado de los conocimientos de la ciencia.

- Informe médico pericial, emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración el 11 de septiembre de 2016, que señala:

“1.- Fueron correctos los medios para diagnosticar al paciente de hemangioma hepático antes de la colecistectomía, independientemente de los resultados, ya que posteriormente se comprobó que no se trataba de un hemangioma.

»2.- La indicación de intervención de colelitiasis sintomática fue correcta.

»3.- El dolor en hipocondrio derecho se atribuyó a la colelitiasis sintomática.

»4.- Las lesiones hepáticas sean primarias o metastásicas, benignas o malignas pueden ser asintomáticas durante muchos años y cursar sin dolor.

»5.- Fue correcta la derivación a una unidad hepática de referencia ante no haber llegado a un diagnóstico etiológico.

»6.- Por la propia decisión del paciente acude a un centro privado, en el que se diagnostica de metástasis hepáticas de carcinoma de neuroendocrino sin evidencia de tumor primario.

»7.- Los tumores neuroendocrinos no funcionantes en general se diagnostican en estadios avanzados de la enfermedad, y su baja incidencia hace que su manejo esté basado en niveles de evidencia bajos, tanto en el planteamiento diagnóstico como para su abordaje terapéutico.

»8.- El tratamiento pautado por los Servicios Públicos fue correcto, independientemente que el paciente por propia decisión utilizara un Centro privado para tratamientos alternativos y no consensuados”.

Tercero.- Mediante escrito de 2 de junio de 2016 se comunican a la parte reclamante los extremos mencionados en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia, el 17 de enero de 2017 Dña. yyyy, actuando en su propio nombre y derecho como heredera universal de D. xxxx, solicita que se le tenga por parte en el procedimiento, en sustitución de su esposo fallecido, y que se le dé traslado de la documentación que falta en el expediente.

Adjunta certificados del Registro Civil de defunción de su esposo y del Registro de Actos de Última Voluntad, así como copia del testamento del fallecido.

El 17 de abril presenta un informe médico pericial en el que se mantiene que hubo un retraso en el diagnóstico desde el 3 de mayo de 2012, momento que acudió a Urgencias del Hospital hhh1, hasta que acude a la visita programada el 27 de diciembre de 2012 en el Hospital hhh2, "si bien en noviembre de 2012 se anota en Radiología que lo que ven es un comportamiento típico de las metástasis."

Por todo ello concluye que "No cabe duda que ha existido un claro retraso en el diagnóstico, y que éste fue realizado por una institución privada. Este retraso ha permitido al tumor crecer, la lesión mayor pasó de 3,2 cm a 13,2 cm desde mayo a diciembre, y en número.

»(...) Como explicación a este retraso diagnóstico caben fundamentalmente dos posibilidades, un error en la valoración de las biopsias, o bien, como alternativa más plausible, que no pincharon en las masas tumorales. No es posible en base a la documentación decir más".

Quinto.- El 5 de mayo la Inspección Médica informa, en relación con las alegaciones realizadas, lo siguiente:

"Que el informe pericial presentado por la parte, no desvirtúa ni contradice en nada, al realizado por este Órgano Instructor con fecha 23 de

junio de 2016, salvo en la pérdida de oportunidad que alega la parte; debida al parecer al retraso en el inicio del tratamiento.

»(...) Que como ya se manifestó en el informe pericial elaborado por el abajo firmante, en ningún momento del proceso clínico del paciente, se consiguió localizar el tumor primario, por lo que no cabía la opción quirúrgica en este paciente y por tanto los daños que se derivan de los hechos en cuestión, no se hubieran podido evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia médica”.

Sexto.- El 15 de agosto el perito de la compañía aseguradora de la Administración emite informe en los siguientes términos:

“(…) No se privó al paciente de un tratamiento quirúrgico adecuado, ya que ni al comienzo del proceso, ni en estado avanzado se pudo localizar el tumor primario.

»10.- El único tratamiento quirúrgico con afán curativo hubiera sido la intervención quirúrgica del tumor primario; cuando no se localiza el tumor primario el tratamiento siempre es paliativo, por lo que no estamos de acuerdo en la pérdida de oportunidad, debida al retraso del inicio del tratamiento.

»11.- Por tanto los daños que se derivaron de los hechos no se hubieran podido evitar según el estado actual de la ciencia médica.

»12.-El tratamiento pautado por los Servicios Públicos fue el correcto, independientemente que el paciente por propia decisión utilizara un Centro Privado para tratamientos alternativos y no consensuados”.

Séptimo.- Concedido trámite de audiencia, el 6 de octubre la reclamante presenta alegaciones en las que se ratifica en su pretensión.

Octavo.- El 1 de diciembre se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Noveno.- El 22 de diciembre de 2017 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, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (15 de diciembre de 2015) hasta que se formula la propuesta de orden (1 de diciembre de 2017). 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 parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida 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 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.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, conviene tener presente que 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 y 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.

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, entre otros, en los dictámenes 672/2004; 842/2005; 194, 388 y 561/2006; 93 y 148/2007; 360 y 1.172/2009; 105/2010; 156 y 619/2012; 837/2013; 1/2014; 290/2015; 253/2016; 91 150, 204 y 218/2017, 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”.

En este caso, la controversia radica sobre si realmente hubo un retraso en el diagnóstico imputable a la Administración Sanitaria y sobre sus eventuales consecuencias. Esto es, si el paciente perdió la oportunidad de un tratamiento más eficaz y menos agresivo si, de haber obtenido un diagnóstico correcto, se hubieran seguido los procedimientos adecuados conforme a los parámetros de la *lex artis*.

Debe partirse en el presente procedimiento de la existencia de informes médicos contradictorios: los periciales de la interesada, de un lado, y los emitidos por la Inspección Médica y el suscrito por el perito de la compañía de seguros, de otro.

La Inspección Médica señala en su informe que fue en el mes de noviembre, ante la persistencia de la sintomatología y de haber descartado la coleditiasis, cuando un nuevo estudio mediante TAC, comparado con otro previo, pone de manifiesto que las lesiones hepáticas pueden ser compatibles con metástasis –no obstante, sin evidencia de tumoración primaria-, momento en el que se deriva al paciente al hospital de referencia y que, al aparecer, viene a coincidir con el momento en el que el paciente acude una clínica privada.

Considera la Inspección Médica que el paciente fue atendido con todos los medios disponibles y que no ha habido pérdida de oportunidad terapéutica, dado que se trata de un tumor diseminado y sin que se haya podido localizar el tumor primario, por lo que no había otras opciones quirúrgicas. Como consecuencia de ello, los daños que se derivan de estas circunstancias no se han podido evitar, según el estado del conocimiento de la ciencia. Por ello, la actuación médica ha sido correcta en todo momento, independientemente de los resultados, sin que se haya podido constatar ningún retraso en la secuencia de los diferentes estudios y tratamientos realizados al paciente, al haberse actuado de acuerdo con las recomendaciones y protocolos establecidos.

En similar sentido, el perito de la compañía aseguradora de la Administración considera adecuadas todas las actuaciones realizadas y que "por la propia decisión del paciente acude a un Centro Privado, en el que se diagnostica de metástasis hepáticas de carcinoma neuroendocrino sin evidencia del tumor primario". Esto es, el interesado decide acudir a un centro privado precisamente cuando ya se había valorado por los servicios públicos sanitarios la compatibilidad de las lesiones con metástasis hepática y se le había derivado al centro sanitario público de referencia.

A este respecto, es necesario recordar el reiterado criterio mantenido por los tribunales en relación con el valor del informe de la Inspección Médica. Como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de septiembre de 2016, en relación con estos informes, "sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la *litis* puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del Médico Inspector y de la coherencia y motivación de su informe". Es decir, la fuerza de convicción de estos informes deriva de la profesionalidad, objetividad e imparcialidad de quien los emite, pero también de su motivación y coherencia.

En definitiva, al no constar acreditado que el paciente tuviera una pérdida de oportunidad como consecuencia de la atención sanitaria recibida, 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. xxxx, 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.