



Sr. Amilivia González, Presidente y  
Ponente

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

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de septiembre 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 29 de agosto 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, derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 30 de agosto de 2018, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 391/2018, 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. Amilivia González.

**Primero.-** El 30 de mayo de 2016 D. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada, que ocasionó un retraso en el diagnóstico del adenocarcinoma pulmonar que padecía.

Expone en su escrito que "en la radiografía de tórax realizada a Don xxxx el 7 de julio de 2014 ya se veía perfectamente la masa pulmonar que un año después se diagnosticó como un Adenocarcinoma Pulmonar PT2A N0 M0 (Estadio IB), y que se trató mediante resección de pulmón derecho y tratamiento coadyuvante de quimioterapia". Considera que "nos encontramos ante un flagrante caso de Mala Praxis Ad Hoc, puesto que si bien se cumple en el año 2014 con el protocolo para que el reclamante fuese sometido a una intervención de cataratas (Rx de tórax y analítica) lo cierto es que los resultados de esas pruebas no son revisados por nadie, ya que hasta el médico más inexperto habría evidenciado la existencia de una masa tumoral en la radiografía, siendo por tanto el reclamante víctima de un retraso de 10 meses en el diagnóstico, y habiendo sido sometido a un riesgo innecesario, quedando comprometidas sus posibilidades de curación".

Estima que se ha producido una pérdida de oportunidades, al privar al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas.

Solicita una indemnización de 30.000 euros.

Acompaña a su escrito copia de diversa documentación médica y de informe médico pericial.

**Segundo.-** Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica, informes de la facultativo de Anestesiología y del Jefe de Servicio de Anestesiología y Reanimación del Complejo Asistencial de xxxx1 emitidos el de 4 de julio de 2016, informe médico pericial elaborado a instancia de la compañía aseguradora e informe de la Inspección Médica de 29 de noviembre de 2016.

**Tercero.-** Concedido trámite de audiencia, el 27 de octubre de 2017 se presentan alegaciones en las que se reitera la pretensión inicialmente deducida.

**Cuarto.-** El 4 de junio de 2018 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

**Quinto.-** El 6 de julio 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, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (30 de mayo de 2016) hasta que se formula la propuesta de orden (4 de junio de 2018). 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 la reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

**3ª.-** Concorre en el 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 de Castilla y León ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la pérdida de oportunidades terapéuticas directamente en los Dictámenes 91/2017, 150/2017, 204/2017, 218/2017, 18/2018, 238/2018, 339/2018 o 378/2018 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”.

La Sentencia de 27 de septiembre de 2011 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, señala a este respecto: “Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, ‘La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable’. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación,

que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

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.

Sin embargo, como acaba de señalarse, debe tratarse siempre de una probabilidad sustancial y, en consecuencia, no es suficiente cualquier porcentaje de pérdida, para ello es preciso valorar en cada caso concreto, si existe una probabilidad sustancial de un resultado diferente, o una probabilidad suficiente.

En este sentido, en la Memoria del Consejo de Estado del año 2005 se indicaba que “En la jurisprudencia española se suele exigir un mínimo de en torno al 30 o 40 % de probabilidad de curación o salvación para que pueda establecerse el nexo causal, si bien la doctrina ha señalado que este uso de la estadística debe tomarse con mucha cautela”. De este modo, si el porcentaje es mínimo, no procede declarar la responsabilidad por no concurrir el requisito del nexo causal.

En el caso sometido a dictamen, respecto de la asistencia prestada al paciente, el informe de la Inspección Médica señala que “No se puede determinar, sin estudios al respecto, cuál habría sido el diagnóstico en Julio de 2014, y por tanto el tratamiento y pronóstico si el diagnóstico era coincidente, en otro Estado, con el proceso diagnosticado en mayo de 2015”

El informe médico pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora, parte de considerar que el tumor diagnosticado en mayo de 2015 ya era visible en la radiografía de julio de 2014, por lo que debió derivarse al paciente a especialista en Neumología para que se procediera a estudio complementario mediante TAC. Concluye, así, que “se reconoce un retraso diagnóstico no justificado de unos diez meses”.



En virtud de lo expuesto, puede afirmarse que se ha producido un retraso de diez meses, debido a una asistencia sanitaria incompleta e incorrecta, al existir un diagnóstico tardío de la patología padecida.

Ahora bien, el referido informe médico pericial, a la hora de valorar la influencia del retraso en la evolución del tumor, en términos de tratamiento y pronóstico, (el estadio definitivo del tumor, determinado tras el estudio por Anatomía Patológica del material quirúrgico obtenido tras la extirpación del pulmón, fue IB (pT2a Pn0 M0)), realiza las siguientes consideraciones:

“No podemos, en cambio, determinar con certeza el estadio en el que el tumor se encontraba en julio de 2014. Sí puede afirmarse que no estaba en un estadio 0 (los tumores in situ no son nunca visibles en las radiografías y sólo pueden diagnosticarse microscópicamente), por lo que únicamente podía estar en un estadio IA o IB.

»Si estaba en un estadio IB es obvio que el tratamiento y el pronóstico habrían sido los mismos y, no podría reconocerse influencia alguna del retraso en la evolución del proceso ni, por tanto, perjuicio alguno para el paciente derivado del mencionado retraso. Pero es que aunque el tumor hubiera estado en un estadio IA en julio de 2014 el tratamiento habría sido también el mismo (cirugía amplia con neumonectomía y quimioterapia dada la localización parahiliar del tumor) y el pronóstico habría pasado de un 49% a un 45% (paradójicamente el pronóstico en un estadio IB es estadísticamente mejor que el de un estadio IA, lo que se justifica por la utilización más frecuente de tratamiento complementario con quimio y/o radioterapia en el estadio IB, dado su mayor riesgo de recidiva). Ello quiere decir que, al menos, no hay un cambio estadísticamente significativo de pronóstico entre el estadio IA y el IB”.

El informe concluye de un modo rotundo que “puede afirmarse que en este caso, el retraso diagnóstico no influyó en la evolución del proceso tumoral y, por tanto, no dio lugar a perjuicio alguno para el paciente”.

Este Consejo Consultivo considera, por ello, que, pese al retraso diagnóstico padecido, ello no es en sí mismo causa suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Autónoma si dicho retraso diagnóstico no ha sido relevante en el resultado finalmente padecido.

Esto es, si la Administración sanitaria hubiera actuado de otra manera no consta que el paciente hubiera tenido la oportunidad de obtener un resultado distinto y más favorable. Tal y como concluye el último informe citado, dicho retraso diagnóstico no influye en la evolución del proceso tumoral que padecía y no le ocasiona perjuicio alguno.

En definitiva, los perjuicios sufridos por el interesado encuentran su causa principal y directa en su propia dolencia, sin que la actuación de los servicios sanitarios de la Junta de Castilla y León haya tenido influencia decisiva en la evolución del curso causal.

En consecuencia, al no apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración, 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 en el Complejo Asistencial de xxxx1.

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