



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 31 de octubre de 2018, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyyy*, 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 9 de octubre 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. yyyy, 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 445/2018 y se inició 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 21 de julio de 2016 Dña. yyyy presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia sanitaria que se le prestó en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1 (CAUxxxx1). Considera que se

ha producido un retraso en el diagnóstico de cáncer de mama al no seguirse los protocolos, ya que no se le realizó biopsia tras la primera ecografía efectuada en septiembre de 2014 para descartar la malignidad de la lesión, y que la intervención realizada en el CAUxxxx1 fue incorrecta, pues no se extirparon márgenes adecuados alrededor de la lesión afectados por el cáncer.

Acompaña a su escrito copia de diversa documentación clínica sobre la asistencia sanitaria recibida.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, informes del facultativo del Servicio de Ginecología del CAUxxxx1 de 30 de agosto de 2016, de la Inspección Médica de 22 de mayo y dictamen médico pericial de 3 de agosto, ambos de 2017.

Tercero.- El 25 de abril de 2018 se concede trámite de audiencia a la reclamante, que el 16 de mayo presenta alegaciones en las que reitera la pretensión y cifra la indemnización en 226.834,51 euros, con el desglose que detalla por los conceptos de incapacidad temporal y secuelas.

A su vista, el 29 de mayo la Inspección Médica informa de que "(...) Con estos datos se puede concluir que la patología que presenta en el hombro izquierdo y que se recoge como secuela no tiene relación con el cáncer de mama, y que apareció después de un sobreesfuerzo, durante el periodo de tratamiento del proceso oncológico. En cuanto al linfedema y la limitación de la movilidad en miembro superior derecho no está acreditado, según el informe de Rehabilitación, que sea un problema persistente, ya que durante las visitas al Servicio de Rehabilitación del Hospital hhhh de mayo 2016 a julio 2017 no se había evidenciado. Sí se recoge en informe de Radioterapia, por lo que podría haber presentado esta patología de forma ocasional".

Cuarto.- El 8 de agosto se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación planteada.

Quinto.- El 11 de septiembre de 2018 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden.

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 de responsabilidad patrimonial 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 (en adelante RPRP), aplicables a este procedimiento por razones temporales, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

No obstante, se incumple el plazo máximo de resolución y notificación establecido en el artículo 13.3 del RPRP, lo que no elimina la obligación de dictar resolución expresa conforme a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992. Tal dilación 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 contraría los principios de buena administración y el de control del gasto público ligado a la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria, considerado el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que como indemnización se vaya a conceder a las reclamantes, en su caso, mediante la oportuna resolución.

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, en atención a la fecha de los hechos (previa a la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), 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 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”.

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, puesto que de todos los informes obrantes en el expediente resulta que, como aquella sostiene, el proceso asistencial desarrollado fue adecuado a la *lex artis*, sin que existiera retraso en el diagnóstico y tratamiento instaurados.

A ello se refiere el informe de la Inspección Médica, que propone la desestimación de la reclamación presentada, al considerar que no existe responsabilidad patrimonial de la Administración, cuya actuación se adecuó a los protocolos asistenciales en el diagnóstico y tratamiento, y descarta que se produjera una resección incompleta con márgenes positivos, puesto que en tal caso la indicación quirúrgica hubiera sido ampliación de la resección y no mastectomía, como se realizó directamente a la reclamante. Establece las siguientes conclusiones:

“1. (...) La radióloga concluyó que las lesiones se clasificaban con BI-RADS 3 (hallazgos probablemente benignos. Le sugiere seguimiento corto del mismo). Aconsejó nueva ecografía en seis meses.

»2.- El protocolo de la oncogúa de la Junta de Castilla y León recoge (...) que en las lesiones clasificadas como BI-RADS 3 se hará un seguimiento de intervalo corto. Se hará PAAF (si nódulo) o SDAU (si microcalcificaciones) como alternativa al seguimiento de intervalo corto en las situaciones de: Pacientes de alto riesgo con mutación genética. No existe seguridad de que se sometan al control. Genera gran ansiedad. Demanda del paciente. Este criterio se recoge también en los protocolos de Radiología. No consta que la reclamante reuniera ninguno de estos criterios en el momento de hacerse la ecografía mamaria, y por ello no está protocolizada la necesidad de estudio histológico habiéndose seguido la *lex artis* en el proceso diagnóstico de la paciente.

»3.- La reclamante solicitó en diciembre 2014 la extirpación de uno de los nódulos mamarios que pensaba que había crecido, sin realizar otros estudios. La ginecóloga aceptó la demanda siguiendo el protocolo mencionado. Se propuso cirugía de nodulectomía contando con los estudios previamente hechos, y considerando que las lesiones tipo BI-RADS 3 tienen una posibilidad de ser malignos de menos de 2-3%. Extirpada la lesión, en el estudio de Anatomía Patológica se encontró un Ca ductal infiltrante de mama pobremente diferenciado de 2,1x1,5 cm., con Ca intraductal asociado de grado medio-alto, con infiltración de los bordes de la pieza de resección quirúrgica. Tras el diagnóstico de Anatomía Patológica se programó estudio de extensión y se aconsejó tratamiento quirúrgico. La reclamante optó por continuar el tratamiento en el Hospital hhhh de xxxx2, donde fue intervenida el 17/02/15 de mastectomía y linfadenectomía axilar derecha. El resultado de Anatomía Patológica mostró que no había evidencia de tumor residual y que en axila derecha aparecían metástasis en dos ganglios. Con posterioridad fue tratada con quimioterapia, radioterapia y tratamiento hormonal, según aconsejan las características del tumor.

»4.- La reclamante presentaba desgraciadamente un Ca de mama y su diagnóstico por técnicas de imagen no mostró sospechas del mismo. Esta falta de diagnóstico no es achacable a mala praxis, ya que se cumplieron las recomendaciones recogidas en los protocolos. En la actuación médica siempre hay un margen de incertidumbre. En los tumores clasificados de BI-RADS 3 la posibilidad de malignidad es muy baja, pero existe”.

El dictamen pericial defiende también la corrección de la asistencia prestada, ajustada en todo momento a los protocolos asistenciales de esta patología, por lo que considera que el diagnóstico y tratamiento fueron correctos, y descarta el retraso alegado puesto que “Los protocolos asistenciales recomendaban en este caso (BIRADS 3) repetir las pruebas de imagen en periodo de 6 meses (marzo 2015) y en función de los hallazgos seguir repitiendo las pruebas de imagen y tomar decisiones clínicas según cambios observados. En el caso que nos ocupa se extirpó la lesión en enero, 2 meses antes de la repetición de ecografía”.

Las conclusiones de los informes incorporados al expediente no han sido desvirtuadas por las alegaciones de la reclamante, que aunque cuestionan la asistencia médica practicada y con ello la observancia de la *lex artis*, no cuentan

con el aval de 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.

A la luz de todo lo expuesto y de los datos y las consideraciones recogidas en los informes obrantes en el expediente, ha de considerarse que se prestó una asistencia médica correcta. Al no concurrir los presupuestos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, 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. yyyy, 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.