



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 6 0 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 18 de octubre de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), (...) y (...), por daños ocasionados a su madre (...), como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 481/2018 IDS)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 5 de julio de 2017, a instancia de (...), (...) y (...), por la asistencia sanitaria recibida por su madre en (...), centro de referencia concertado con el Servicio Canario de la Salud, en la zona sur de Tenerife.

2. Las reclamantes solicitan una indemnización de 194.838,46 euros, por la demora en diagnosticar la isquemia mesentérica que padecía su madre, que desembocó finalmente en su fallecimiento, entendiéndose que durante su ingreso hospitalario en (...) para observación, podría haberse practicado antes una serie de pruebas o haber sido valorada antes por un médico especialista, ante la perseverancia de la sintomatología dolorosa que presentaba, especialmente durante el día 25 de junio de 2006, lo que supone una práctica médica no correcta.

La cantidad reclamada en concepto de indemnización determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la

---

\* Ponente: Sr. Suay Rincón.

legitimación del titular de la Consejería para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), normativa esta última aplicable porque la reclamación fue presentada después de la entrada en vigor de la misma.

También son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

### 3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

- La legitimación activa de las reclamantes, por ser herederas forzosas de su madre, y por tanto, causahabientes por sucesión de la acción para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, o en su caso, la empresa concertada con ésta para la prestación de servicio público sanitario. Se acredita con el libro de familia.

- En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta el Servicio Canario de la Salud, como titular del Servicio Público Sanitario, y (...), como centro concertado de referencia en la zona Sur de Tenerife, previo concierto con el Servicio Canario de la Salud.

Como ya expusimos en nuestro Dictamen 294/2015, de 29 de julio, sobre este mismo supuesto, «el objeto de los conciertos sanitarios es la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a las Administraciones Públicas (art. 90.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, LGS). La Administración fija los requisitos y condiciones mínimas básicas y comunes de los conciertos (art. 90.4 LGS), los cuales establecen las obligaciones y derechos de las partes (art. 90.6 LGS), correspondiendo a la Administración las funciones de inspección sobre los aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública en los centros privados concertados (art. 94.2 LGS). La Administración ostenta poderes de supervisión sobre el centro concertado dirigidos a garantizar que la asistencia sanitaria se preste en las condiciones legales y convenidas, pero la actividad del centro concertado no se publica».

Los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en la citada Ley 14/1986, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos que se encontraba ya contemplado en la base décima.1 de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado y en el art. 66 del Texto Articulado que la desarrollaba (aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril); y que actualmente se definen de manera idéntica en el art. 277.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Esta naturaleza del concierto sanitario como un contrato de gestión indirecta de los servicios públicos implica que, para todo aquello que no regule el art. 90 LGS habrá que acudir al citado Texto Refundido. El art. 214 de este texto legal le impone al contratista la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será esta la responsable.

Según el art. 214 TRLCSP, la responsabilidad del contratista ante los particulares es una responsabilidad directa. La Administración no responde por los daños causados por su contratista ni mancomunada, ni solidaria ni subsidiariamente. Cuando la ley quiere que la responsabilidad se reparta entre ambas partes, lo establece única y expresamente para el contrato de elaboración de proyectos (art. 312.2 TRLCSP). El contratista no está integrado en la organización de la Administración por lo que no se le puede imputar a esta los daños que origine. Véanse al respecto las SSTs de 24 abril 2003, de 20 junio 2006 y de 30 marzo 2009.

Por esta razón, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración como el contratista y las aseguradoras de una y otro, porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación del contratista, entonces este será el obligado a resarcirlo en virtud del art. 214 TRLCSP. El procedimiento para las reclamaciones por daños causados por contratistas de la Administración es el regulado en 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, cuando el perjudicado reclama a esta el resarcimiento; está legitimada pasivamente la empresa contratista, puesto que tiene la cualidad de interesada según el art. 31.1.b) LRJAP-PAC en relación con el art. 214 TRLCSP. Así lo ha razonado este Consejo Consultivo en varios de sus Dictámenes, entre los que cabe citar el

554/2011, de 18 de octubre de 2011; 93/2013, de 21 de marzo de 2013; y 132/2013, de 18 de abril de 2013. Por esta razón la Administración, conforme al art. 34 LRJAP-PAC, llamó al procedimiento administrativo en su calidad de interesada al centro sanitario privado concertado (...), el cual no se ha personado en el procedimiento».

4. En cuanto al plazo de la reclamación, el derecho a reclamar se ejercita antes de que haya transcurrido el plazo de prescripción de un año desde la supuesta producción del daño (art. 67 LPCAP). El hecho lesivo se produjo el día del fallecimiento de (...) (28 de junio de 2006), si bien el plazo de un año para reclamar quedó interrumpido por la apertura de diligencias penales para el esclarecimiento de los hechos, lo cual se produce por denuncia el mismo día del fallecimiento el 28 de junio de 2006. El referido plazo de prescripción ha de computarse a partir de la notificación a la denunciante el 20 de julio de 2016 de la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife.

«Al respecto es preciso recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2008, entre otras, dispuso:

«(...) La acción de responsabilidad patrimonial de la Administración debe ejercitarse, por exigencia de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 142 y 4.2, respectivamente, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, en el plazo de un año computado a partir de que se produzca el hecho o acto lesivo que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ello es una consecuencia de la adaptación de la regla general de prescripción de la acción de responsabilidad del artículo 1.902 del Código Civil que ha de computarse, conforme al principio de la "actio nata" recogido en el artículo 1.969 de dicho texto legal, desde el momento en que la acción pudo efectivamente ejercitarse (...)».

Por lo tanto, el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (Sentencia de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos "aquel en que se objetivan las lesiones o los daños con el alcance definitivo" (STS de 14 de febrero de 2006)».

Esa jurisprudencia consolida el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a computarse, según el principio de la «actio nata», sino a partir del momento en que la determinación de los daños es posible, y esta coyuntura solo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción.

Trasladada esta doctrina al caso que nos ocupa, vemos que la reclamación de responsabilidad patrimonial se interpone antes del transcurso de un año desde la

notificación de la resolución del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife, que absuelve a los médicos procesados por los hechos que son objeto del presente expediente de responsabilidad patrimonial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2008 se refiere a la interrupción de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial por el ejercicio de la acción penal:

«En la interpretación de dicho precepto, la jurisprudencia ha mantenido el criterio de que el ejercicio de la acción penal interrumpía el plazo de ejercicio de la reclamación de responsabilidad a pesar de lo que literalmente resultaba del art. 146.2 de la Ley 30/92, y ello pues se basaba la jurisprudencia en el principio de la “actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo prescriptivo; según dicho principio la acción solo puede comenzar cuando ello es posible y eso sucede cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2001 (Rec. 7725/96 [RJ 2001, 2408]) entiende que la adecuada interpretación de este precepto legal exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración (...).

Por ello se impuso la interpretación de que cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal.

En consecuencia dicho precepto, en la redacción originaria que le atribuyó la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) solo podía interpretarse en sentido de que la no interrupción de la prescripción por el proceso penal de exigencia de responsabilidad a los funcionarios de la Administración únicamente se producía cuando existía una apartamiento de la acción no de responsabilidad civil subsidiaria frente a la Administración”.

La Ley 4/99 (RCL 1999, 114, 329) ha modificado de modo sustancial el referido art. 146.2 de la Ley 30/92, precepto que, en la actualidad, tiene la siguiente redacción: “La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”.

Se ha eliminado pues, la referencia a que la exigencia de responsabilidad penal “no interrumpirá el plazo de prescripción”. Por lo tanto, a partir de la aplicación de la nueva redacción de este precepto, no cabe duda de que el proceso penal tiene eficacia interruptiva con carácter general y ello pues aunque, en una interpretación literal, dicha eficacia interruptiva solo debía ser efectiva para el caso de que la determinación de los hechos sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, esta viene siendo la regla general”.

La jurisprudencia de esta Sala es clara en esta materia, por todas citaremos la sentencia de esta misma Sección de 18 de enero de 2006 (Rec.6074/2001 [RJ 2006, 488]) donde se afirma:

Como hemos dicho en sentencia de esta Sala de 23 de enero de 2001 (RJ 2001, 2408), la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en tal supuesto en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos; tal criterio tiene su origen en la aceptación por este Tribunal del principio de la “*actio nata*” para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esa coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, de tal suerte que la pendency de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246)”».

Todo ello no es sino reflejo de la aceptación por esta Sala del principio de la *actio nata*, conforme al cual solamente cabe exigir la actividad del administrado en orden a impetrar el reconocimiento de responsabilidad por parte de la Administración cuando ello sea posible, una vez culminado el proceso penal en que se dilucidan los hechos determinantes de la responsabilidad.

Así las cosas, y toda vez que las diligencias penales se instruyeron por el mismo hecho que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración que ahora examinamos, es preciso reconocer su eficacia interruptiva de la prescripción.

Sin embargo, a pesar de ello no cabe estimar la pretensión de la parte recurrente pues, si bien es cierto que dichas actuaciones interrumpieron la prescripción, también lo es que el día inicial del cómputo del nuevo plazo de prescripción viene constituido por la fecha en que se le notifica (30 de abril de 1997)

la sentencia de 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3336) que puso término al proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración y no, como pretende, por la fecha en que se declara la firmeza de la referida sentencia (el 12 de junio de 1997 [RJ 1997, 4769]) por lo que, no habiéndose ejercitado la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial hasta el 11 de junio de 1998, es evidente que su ejercicio fue extemporáneo, lo que obliga a desestimar el recurso interpuesto”.

5. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP), sin embargo, aún expirado éste, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

6. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, modificada por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de medidas tributarias, financieras, de organización y relativas al personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

A la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, conforme a la resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos del SCS.

7. No se aprecia que se haya incurrido en deficiencias formales en la tramitación del procedimiento que, por producir indefensión a la interesada, impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada. Aunque en un principio se dio audiencia a (...) una vez acordada la práctica de prueba, posteriormente, y tras la indefensión alegada por éste, se retrotrajeron las actuaciones para proponer y practicar prueba, concediéndole audiencia.

## II

1. Las solicitantes exponen en su escrito inicial, entre otros extremos, los siguientes:

I.- Con fecha 24 de junio de 2006, (...), madre de las reclamantes, acude al Servicio de Urgencias de (...) a las 3:10 h por dolor abdominal de brusca aparición y cuadro de vómitos sin diarrea, de varias horas de evolución. Es diagnosticada de dolor abdominal rebelde al tratamiento e inicia tratamiento con sueroterapia, analgésicos y antieméticos. Se queda en observación.

II.- Sobre las 11:35 h el especialista en digestivo valora a la paciente, y tras una exploración anodina solicita ecografía programada para el día 26.

III.- A las 18:07 h se avisa al médico por dolor abdominal que no se aliviaba tras analgesia por lo que el médico entendió que se trataba de un componente nervioso, pautando Valium endovenoso. La paciente continuó quejándose de dolor

IV.- Desde ese momento (18:07 h del día 24 de junio) no vuelve a ser valorada por ningún médico hasta el día 26.

V.- El día 26 de junio, sobre las 6:00 h la paciente presenta vómitos «en posos de café». El enfermero le comenta que eso es normal.

VI.- Sobre las 12:24 h del día 26 de junio se le realiza la ecografía abdominal, la cual arroja una sospecha de isquemia mesentérica. En este momento su médico vuelve a valorarla y el cuadro le impresiona de gravedad. Se encuentra con Taquipnea, abdomen distendido y doloroso, signos de irritación peritoneal. Se inicia tratamiento antibiótico y se realiza TAC de confirmación.

VII.- Confirmado el diagnóstico, la paciente entra en quirófano donde se objetiva la isquemia mesentérica y se procede a la resección del tramo de intestino afectado. Al día siguiente muestra signos de empeoramiento, por lo que se vuelve a intervenir para comprobar en quirófano la extensión de la necrosis intestinal, con nueva resección del tramo afectado.

VIII.- Finalmente, (...) fallece esa misma noche en la UVI a las 00:19 h del 28 de junio de 2006.

El objeto de la reclamación se concreta en la demora en diagnosticar la isquemia mesentérica que padecía la madre de las interesadas. Todas las medidas que se adoptaron desde el ingreso hasta la realización de la ecografía fueron para paliar la sintomatología dolorosa que presentaba, sin realizar las pruebas confirmatorias, que hubieran conllevado a un diagnóstico certero.

Cuantifican la indemnización en 194.838,46 euros.



2. Con fechas 11 de julio y 24 de agosto de 2017 se requiere a las interesadas a fin de que su reclamación inicial sea subsanada. En el primer escrito se les requiere para que aporten todo lo actuado en las diligencias penales por los mismos hechos en el procedimiento abreviado 8/2015, acreditación de la fecha de notificación de la sentencia absolutoria a efectos de valorar la posible prescripción de la acción reclamatoria, y la proposición de prueba, concretando los medios de prueba de que pretendían valerse. En el segundo escrito se les requiere para que acrediten la legitimación activa. Con fechas 20 de julio y 30 de agosto de 2017 se recibe la documentación solicitada.

El informe de la autopsia médico legal establece las siguientes consideraciones específicas y conclusiones:

«1- El médico de urgencias consideró la resistencia del dolor abdominal a la analgesia como criterio de ingreso y valoración por especialista lo que se considera adecuado.

El tratamiento analgésico administrado, desconociendo el juicio diagnóstico y la indicación quirúrgica o no del dolor abdominal, no se considera adecuada, ya que enmascara la evolución del cuadro, no pudiendo valorar su evolución y posible indicación quirúrgica.

2- El médico especialista en digestivo le valora 5 horas de estancia intrahospitalaria, indicando una ecografía, resultando su exploración abdominal indicativa sólo de un dolor en hipocondrio derecho, no se sabe si en cierta medida por el enmascaramiento analgésico, sin juicio diagnóstico y sin posterior supervisión ni exploración física, lo que no es adecuado.

3- Enfermería, a pesar de la resistencia del dolor, sigue administrando la misma pauta, incluso “una panacea” cuya composición se desconoce, pero que causa sedación a la paciente. Sí, se avisa al médico de urgencias, pero no consta exploración física alguna por su parte, sólo indicación de medicación ansiolítica endovenosa, lo que no es adecuado.

4- Hay una dilación inadecuada en la práctica de la ecografía abdominal, determinante para el diagnóstico quirúrgico (...).».

3. Con fecha 21 de febrero de 2018 se notifica tanto a la parte reclamante como a (...) acuerdo probatorio y trámite de audiencia.

Con fecha 8 de marzo de 2018 se recibe escrito de alegaciones por parte de (...), en el que expone la situación de indefensión sufrida en tanto le fue notificada la admisión a trámite con carácter posterior al trámite probatorio, con lo que se le ha privado de la aportación de los medios necesarios para su defensa.

4. Por Resolución de 12 de marzo de 2018 del Secretario General del Servicio Canario de la Salud se deja sin efecto el Acuerdo Probatorio dictado con fecha 16 de febrero de 2018 y se solicitan medios probatorios a (...).

Con fecha 4 de abril de 2018, (...) aporta documentación.

5. Con fecha 12 de abril de 2018 se notifica a los interesados y a (...) el nuevo acuerdo probatorio y trámite de audiencia.

La parte reclamante aporta alegaciones con fecha 23 de abril de 2018 y (...) lo hace con fecha 8 de mayo del mismo año. Ambas partes reproducen lo ya expuesto por ellos mismos anteriormente.

6. Con fecha 27 de julio de 2018, Asesoría Jurídica emite informe sobre el borrador de resolución.

7. El 20 de agosto de 2018 se dicta propuesta de resolución por el Secretario General del Servicio Canario de la Salud estimando parcialmente la reclamación formulada por (...), (...) y (...) por concurrir los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial por la actuación sanitaria derivada de (...).

### III

1. Hemos de llegar en este caso a la conclusión, en base al informe de la autopsia médico legal y el informe del Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia (SIP), de que la actuación médica no fue conforme a la «lex artis ad hoc», existiendo un retraso en la realización de la ecografía abdominal, lo que supuso la pérdida de oportunidad de la paciente de salvar su vida. Aunque no existe seguridad de que el resultado final fuera igualmente el fallecimiento, el diagnóstico previo, en atención a la persistencia del dolor que no cedía con los analgésicos, permitía sospechar un diagnóstico de gravedad, y desde 18:07 h del día 24 de junio no vuelve a ser valorada por ningún médico hasta el día 26.

La supervivencia del paciente con isquemia mesentérica aguda es aproximadamente del 50% cuando el diagnóstico se establece dentro de las primeras 24 horas que siguen al comienzo de los síntomas, y desciende a menos del 30% si el diagnóstico se retrasa.

En relación con las alegaciones de (...), es preciso señalar que la absolución de un acusado exime a éste de responsabilidad penal, no incluyendo por ello la responsabilidad patrimonial que corresponde a otro orden distinto. La propia sentencia entiende que el daño debe ser reparado por otra vía.

El SIP considera que la atención sanitaria prestada en el manejo de la enfermedad de la paciente por el servicio concertado (...) no fue adecuada.

Considerando que la paciente padecía un cuadro de isquemia mesentérica aguda, que es una afección grave, con una mortalidad del 71% en la población general y que la supervivencia del paciente con esta patología es aproximadamente del 50% cuando el diagnóstico se establece dentro de las primeras 24 horas, se indemniza por la pérdida de oportunidad que supuso la privación de la paciente de determinadas expectativas de curación, al no facilitarse todos los medios adecuados.

2. Respecto a la pérdida de oportunidad, la corriente jurisprudencial es unánime: «sobre la mala praxis médica al no diagnosticarse ni tratarse a tiempo la dolencia que sufría madre de los recurrentes, se le generó la pérdida de la oportunidad al agravarse su estado de salud y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual no se acreditó que se hubiese podido evitarse de instaurarse a tiempo las medidas terapéuticas adecuadas, sino esa pérdida de la oportunidad, entendiéndose la STS de 12 de marzo de 2007 que, en estos casos, es a la Administración a la que incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable» (STSJ de Asturias 624/2016 de 15 julio).

El dictamen del Consejo Consultivo 324/2018, entre otros muchos, hace referencia a la pérdida de oportunidad como un concepto indemnizable:

En relación con la pérdida de oportunidad, desde la Sentencia de 10 de octubre de 1998 el Tribunal Supremo ha iniciado una línea jurisprudencial hoy ya consolidada favorable a dar valor a la llamada «pérdida de oportunidad» cuando, aunque no resultara patente la presencia del vínculo causal por dificultad en su prueba, concurrieran determinadas circunstancias que evidenciaran una alta probabilidad de que de haberse ofrecido las oportunidades perdidas se hubiera evitado o disminuido el daño. La Sala Tercera del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación de esta doctrina como criterio de flexibilización de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo causal especialmente en materia de responsabilidad sanitaria, y la han aplicado a la actuación del facultativo cuando no puede asegurarse que haya sido causante del daño reclamado o, al menos, la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. «La omisión de las pruebas y actuaciones tendentes a la determinación del diagnóstico en un momento anterior, ha privado al paciente de la oportunidad de anticipar un tratamiento que podía incidir favorablemente en la evolución del

padecimiento, aun cuando no se evitara el resultado final, privación que consecuentemente ha de ser indemnizada» (STS, Sala III, Sección 6ª, de 23 de octubre de 2007, rec. casación nº 6676/2003). «En la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que en cierto modo se asemeja a un daño moral, y que es el concepto indemnizable» (STS, Sala III, Sección 4ª, de 27 de septiembre de 2011, rec. de casación nº 6280/2009). Pues bien, para esta consolidada jurisprudencia «la pérdida de oportunidad constituye un daño antijurídico puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias» (STS, Sala III, Sección 4ª, de 21 de diciembre de 2015, FJ 1º, rec. casación nº 1247/2014) (Doctrina reiterada en los DDCC 171/2016 y 152/2017).

3. Se efectúa valoración de la cantidad indemnizatoria en función de la Resolución de 24 de enero de 2006 de la Dirección General de Seguros y fondos de Pensiones.

Se indemniza por el fallecimiento de (...), pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado con diligencia.

Siguiendo con la sentencia anterior (STS de 21 de diciembre de 2015), «basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que la paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias».

## C O N C L U S I Ó N

La propuesta de resolución es ajustada a Derecho.