



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 407/2020

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de octubre de 2020.

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 (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 349/2020 IDS)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por oficio del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias el 13 de agosto de 2020 (Registro de entrada en el Consejo Consultivo de fecha 1 de septiembre de 2020) es una Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica (ERP 179/18).

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dada la cuantía reclamada, 180.000 euros, de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias. Está legitimado para solicitarlo el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 de la citada ley.

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio formulado, resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) porque la reclamación ha sido presentada después de la entrada en vigor de la misma.

También es aplicable la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Igualmente, son de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril,

---

\* Ponente: Sra. de Haro Brito.

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.

## II

1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo, y, por ende, del derecho a reclamar de (...), (...) y (...), al haber sufrido un daño moral derivado de la asistencia sanitaria prestada a su madre fallecida [art. 4.1.a) LPACAP].

En relación con la legitimación activa, resulta aplicable la doctrina contenida en los dictámenes de este Consejo Consultivo n.º 245/2015, de 6 de julio; 405/2015, de 6 de noviembre o 322/2019, de 10 de octubre, de los cuales resulta que la legitimación de los hijos de la fallecida se ejerce a título propio, en concepto de daño moral, por los lazos efectivos que les unía a ella, y no a título hereditario, ya que la fallecida nunca ejerció en vida una acción que pudiera integrarse a su muerte en su patrimonio.

*«La madre y el hermano del fallecido reclaman en representación de este invocando su cualidad de herederos, a pesar de que esta condición no concurre en la madre porque de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, que han aportado para acreditarla, resulta que renunció pura y simplemente a la herencia de su hijo.*

*El art. 139.1 LRJAP-PAC confiere acción para reclamar por las lesiones sufridas en bienes y derechos, de donde se sigue que está legitimado para ejercerla quien alegue la titularidad de un bien o derecho cuyo menoscabo impute al funcionamiento de un servicio público. Según el art. 139.2 LRJAP-PAC, ese menoscabo debe consistir en un daño evaluable económicamente porque, conforme al art. 139.1 LRJAP-PAC, la finalidad de la institución de la responsabilidad extracontractual no es punitiva, sino reparadora o compensadora. La vida humana no constituye objeto de un derecho patrimonial o de cualquier otra índole cuya titularidad corresponda a terceros. Es imposible considerarla como bien o derecho perteneciente al patrimonio de otro. La vida humana, como no tiene precio, tampoco es susceptible de evaluación económica.*

*La obligación de indemnizar el daño producido por la acción u omisión de un sujeto no surge del hecho causante, sino de su resultado lesivo que es el daño y que es lo que hay que resarcir. El primero sin el segundo no engendra responsabilidad patrimonial, por lo que en reclamaciones de la naturaleza de la presente esa responsabilidad surge siempre del hecho de la muerte, por lo que al extinguirse por ella la personalidad de la víctima, esta no adquiere en vida ningún derecho a ser indemnizado que, integrado en su patrimonio,*

*transmite luego mortis causa. Sólo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente son transmisibles por vía hereditaria los derechos que al momento del fallecimiento del causante se hallasen integrados en su patrimonio. De ahí que si en nuestro Ordenamiento se contempla un derecho a indemnización por causa de muerte (art. 113 del Código Penal en relación con los arts. 138 a 143 y 621.2 del mismo, art. 1.902 del Código Civil, apartado 1º.5 del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, etc.), su titularidad no es derivativa mortis causa ya que, como se ha visto, no puede sucederse en algo que no ha ingresado en el patrimonio del causante sino que es un derecho que se adquiere originariamente y que, por ende, es ejercitable ex iure proprio por aquellos que han sido perjudicados por la muerte de la víctima.*

*Este perjuicio lo sufren aquellos que compartían su vida con la víctima, formando una comunidad de vida a la que pone fin esa muerte que, eventualmente, puede producir una disminución de ingresos o un desamparo económico para los supervivientes y un daño moral por la ruptura de la íntima convivencia y de los lazos de afecto, presumiéndose este daño moral en sus parientes más directos por línea recta ascendente o descendiente, prefiriéndose siempre, con exclusión de los demás, a sus más estrechos allegados que son los que convivían con la víctima y compartían con ella sus ingresos comunes o dependían de ella económicamente; estimándose que no existe perjuicio indemnizable cuando nadie ha quedado desamparado o disminuido económicamente ni se ha sufrido daño moral, porque se había abandonado en vida a la víctima o roto toda relación con ella.*

*En la presente reclamación, los interesados no han alegado ningún perjuicio económico que les haya irrogado el óbito de su deudo, por lo que están legitimados exclusivamente por el daño moral que la muerte de aquel les ha causado».*

2. La legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. En cuanto a la competencia para tramitar y resolver el procedimiento, corresponde a la Administración autonómica, actuando mediante el Servicio Canario de la Salud (SCS), titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

4. 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, apartado n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en

la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con los arts. 10.3 y 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

5. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado dentro del plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1 LPACAP. La reclamación se interpuso con fecha 9 de octubre de 2018, habiéndose producido el *exitus letalis* de la madre de los reclamantes el 12 de octubre de 2017.

### III

El interesado expone, como fundamento de su pretensión, en esencia lo siguiente:

*«Que su madre (...) (con antecedente de Ca. de mama intervenido en el año 2000), en agosto de 2016 fue remitida al Servicio de Oncología del Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil, por elevación de marcador tumoral.*

*Señala que “se actuó con descuido y omisión por el Servicio de Oncología del complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil, en fechas sucesivas de consultas (16 de septiembre 2016, 29 de noviembre de 2016, 30 de noviembre 2016 y 16 de diciembre de 2016 ) tras valorar en citadas consultas TC de tórax abdomen pelvis con contraste, de fecha 31/08/2016 y al comunicar a la paciente que los resultados de las pruebas estaban dentro de la normalidad, salvo engrosamiento cutáneo y área sugestiva de CIE de tejido glandular y por el contrario existían ya, datos objetivos en las pruebas complementarias de sospecha más que probable de afectación tumoral*

*a) CEA: 17.9 y Ca 15.3:4.6 marcadores tumorales elevados motivo por el cual la paciente fue derivada de su médico de atención primaria en agosto de 2016.*

*b) Hallazgos compatibles con lesión focal hepática subcentrítrica en el segmento VII, a valorar con los estudios previos o realizar ecografía complementaria. Alteración de la morfología con engrosamiento significativo de la pared de la vesícula biliar que plantea el diagnóstico diferencial entre patología infecciosa -inflamatoria versus neoplásica.*

*Que la madre del compareciente evolucionó desfavorablemente, empeora su estado general y el día 2 de junio de 2017, casi nueve meses después se dan cuenta de la omisión en el Servicio de Oncología y se decide su ingreso (...)*

*Prosigue refiriendo que se realiza laparotomía exploradora y biopsia hepática (2/08/2017) diagnosticándole carcinoma de vesícula no candidata a tratamiento oncoespecífico. Se decidió seguimiento por consultas externas de oncología y unidad de cuidados paliativos falleciendo en urgencias del Hospital Insular el 12/10/2017.*

*Refiere que ha existido un retraso de casi nueve meses en el diagnóstico así como que dicho retraso ha influido en el tratamiento (tratamiento quirúrgico y/o quimioterapia) que entienden hubiera evitado "casi con toda seguridad el desenlace final (exitus).*

*Solicita una indemnización de 180.000 euros "por los daños morales por el fallecimiento de su madre"».*

## IV

1. Constan en este procedimiento las siguientes actuaciones:

1.1. La reclamación de responsabilidad patrimonial ante el SCS se interpone el 9 de octubre de 2018.

El interesado solicita una indemnización de 180.000 € por responsabilidad patrimonial del SCS, ya que entiende que la negligente actuación del SCS por el retraso en el diagnóstico de carcinoma de vesícula, le ocasionó a su madre la pérdida de oportunidad derivada de un diagnóstico temprano con mayor posibilidad de curación, existiendo datos objetivos en las pruebas complementarias de sospecha de afectación tumoral.

1.2. Se requirió al interesado con objeto de que mejorase su reclamación inicial, lo cual efectuó con fecha 27 de diciembre de 2018 mediante escrito en el que comunica los datos de su hermana, (...).

Con fecha 17 de enero de 2019 se requiere a (...) a fin de que manifestara si deseaba personarse o no como interesada en el procedimiento, sin que se obtuviera respuesta por parte de la misma.

1.3. Con fecha de 16 de enero de 2019, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta.

1.4. Con fecha de 10 de julio de 2019, se emite por el Servicio de Inspección y Prestaciones informe.

*«En dicho informe se indica que de la información del expediente se desprende, que de haberse tenido en cuenta e informado a la paciente sobre el resultado del TAC inicial en donde ya había datos que hacían sospechar la presencia de neoplasia vesicular, y realizado la ecografía abdominal como había sugerido el médico radiólogo, existía la probabilidad de*

obtener más datos que hubieran hecho posible la consideración del diagnóstico de neoplasia y probablemente de un diagnóstico más temprano del cáncer.

*El diagnóstico de adenocarcinoma moderadamente diferenciado de origen en vía biliar, estadio III B (etapa avanzada), T2 (se ha extendido fuera de la vesícula) N1 (hay no más de 3 ganglios afectados) M0 (no hay indicios de metástasis ni carcinomatosis peritoneal), se realizó nueve meses después de realizado el TAC que ya mostraba signos radiológicos de sospecha tumoral. Aunque la paciente se le realizó laparotomía exploratoria con la intención de extirpar el tumor, este estaba muy avanzado y no pudo ser resecado, por lo que puede considerarse al no haber un diagnóstico más precoz del tumor, que la paciente perdió la oportunidad de un tratamiento y pronóstico más favorable.*

*De la documentación aportada se deduce que hubo una evolución del tumor cuyo crecimiento, desde septiembre de 2016 hasta junio de 2017, supuso la imposibilidad de resecarlo, si bien de forma global el pronóstico del cáncer de vesícula biliar sigue siendo muy ominoso con una supervivencia global de sólo 5-10% a 5 años según el sistema del TNM del American Joint Committee on Cancer y aplicación del mismo hubo una pérdida del 43% puesto que, en la imagen del TAC inicial de septiembre de 2016 se observaba una alteración de la morfología con engrosamiento significativo de la pared de la vesícula biliar, por lo que el tumor estaría al menos en el estadio I, mientras que en el TAC de junio/2017 ya existe una masa en segmentos inferiores del lóbulo hepático derecho que engloba cara superior vesicular con una adenopatía de características patológicas en eje portal, que nos llevaría al estadio IIIB.*

*Según la tabla incorporada al informe pericial la tasa de supervivencia observada a 5 años para la etapa I es de un 50% y para la etapa IIIB de un 7% por lo que se pasaría de un 50% al 7% obteniéndose una pérdida de oportunidad a 5 años del 43%, debido a ello se propone cuantificación de la indemnización, conforme a la Ley 35/2015 de 22 de septiembre de Reforma del Sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en Accidente de Circulación.*

*Por perjuicio básico, según la tabla I.A consideraríamos una cuantía indemnizatoria para cada hijo mayor de 30 años de 20.000€. De multiplicar 2x 20.000 resultaría la cantidad de 40.000€.*

*La cantidad sería 40.000€, aminorada en un 43% lo que asciende a un total indemnizable de 22.800 €, sin perjuicio de su actualización en concepto del incremento anual de Índice de Precios al Consumo».*

1.5. El 17 de septiembre de 2019 se acordó la suspensión del procedimiento general y el inicio del procedimiento simplificado, conforme a lo dispuesto en el art. 96.4 LPACAP, proponiendo a los interesados la terminación convencional del

procedimiento mediante el reconocimiento de una indemnización de 11.400 euros a cada interesado.

1.6. Mediante certificado del Consulado Italiano de 22 de enero de 2020, se acredita que (...), (...) y (...) son hijos de (...) (fallecida).

1.7. El letrado (...) se persona en el procedimiento en nombre y representación de los tres hijos aportando los respectivos poderes notariales de fechas 8 de octubre de 2019 [poder otorgado por de (...)] 27 de noviembre de 2019 (...) y 18 de diciembre de 2019 (...).

1.8. Mediante escrito de fecha 22 de enero de 2020, el representante legal de los interesados manifiesta su discrepancia respecto de la cuantía ofrecida, por lo que procede continuar la tramitación por el procedimiento ordinario en virtud del art. 96.2 de la mencionada Ley, dictándose el 27 de febrero la Resolución de la Directora del Servicio Canario de la Salud por la que se levanta la suspensión del procedimiento general de responsabilidad patrimonial n.º 179/18, y se dicta acuerdo probatorio.

Dicha Resolución le fue debidamente notificada a través de la Sede Electrónica del SCS el 2 de marzo de 2020.

1.9. El 22 de junio de 2020 el representante legal presenta escrito por el que acepta la *«terminación convencional del procedimiento por un acuerdo indemnizatorio a cada uno de ellos de 11.400 euros lo que totalizaría un importe de 34.200 euros»*.

1.10. La propuesta de Acuerdo Indemnizatorio fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico con fecha 5 de agosto de 2020.

1.11. La propuesta de terminación convencional de la Secretaria General del Servicio Canario de la Salud es de fecha 12 de agosto de 2020.

2. Desde el punto de vista formal, el presente procedimiento ha sido tramitado adecuadamente, terminando con una Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio, de acuerdo con lo establecido en el art. 86.5 LPACAP.

3. El plazo máximo de resolución es de seis meses (art. 91.3 LPACAP) ya vencido, lo que sin perjuicio de los efectos y responsabilidades que ello comporte, no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

## V

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio señala, tras transcribir parte de lo concluido en el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), que ha quedado acreditado, en el caso que nos ocupa, tanto el daño como su relación de causalidad con el funcionamiento del Servicio.

A ello se añade que la valoración del daño contenida en el informe del SIP fue aceptada por los reclamantes (adaptada a tres beneficiarios), siendo tal cuantía objeto del acuerdo indemnizatorio.

2. Se considera, examinada la información y documentación obrante en el expediente, que la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio es conforme a Derecho, tanto desde el punto de vista formal, como se indicó en el fundamento anterior, como desde el punto de vista material, al concurrir los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración con el alcance establecido en la Propuesta.

En este sentido, nos remitimos a las conclusiones del informe del SIP emitido el 10 de julio de 2019:

*«1.- Así vemos que, la paciente había sido valorada en Consultas Externas de Oncología dado su antecedente de Cáncer de mamas padecido años atrás, sin recurrencias, por haber presentado en un control rutinario un marcador tumoral elevado.*

*2.- A la paciente se le había indicado adecuadamente un TAC (realizado en fecha 31/08/16), en el que se había detectado hallazgos compatibles con neoplasia de mama izqda., con afectación de la piel y lesión de morfología pseudonodular en cuadrante inferior externo, a valorar con los estudios previos de la paciente. Lesión focal hepática subcentimétrica en el segmento VIII, a valorar con estudios previos o realizar ecografía complementaria. Alteración de la morfología con engrosamiento significativo de la pared de la vesícula biliar que plantea el diagnóstico diferencial entre patología infecciosa-inflamatoria versus neoformativa. Valoración por ecografía.*

*3.- En vistas del resultado del TAC, a la paciente se le informa que es normal, salvo por la afectación ya conocida de la mama izquierda, para lo cual de forma adecuada y dado que no se tenían estudios de imagen previos, se le indica y realiza una mamografía, que descarta recaída del cáncer de mama.*

*4.- Pero, a la paciente no se le informa ni ese día, ni en consultas posteriores, que en el TAC realizado se había detectado una alteración de la morfología con engrosamiento de la vesícula biliar que planteaba dentro de las posibilidades diagnósticas una neoplasia (tumor) de vesícula biliar para lo cual había que realizar en opinión y recomendación del Radiólogo*



una valoración mediante Ecografía. Tampoco en base a este dato se realiza ninguna actuación, es decir, a la paciente no se le solicita dicha prueba, y por contra, se le indica un nuevo control en el Servicio de Oncología dentro de un año previa realización de nuevos marcadores tumorales y mamografía.

5.- Es en mayo de 2017, cuando tras varios días (desde abril), refiere a su MAP sintomatología sospechosa de patología abdominal (náuseas, anorexia, astenia, pérdida de peso y luego dolor en hipocondrio derecho), lo que motivó la realización por indicación de su MAP de una Ecografía Abdominal. La Ecografía realizada el día 01/06/17 muestra en segmento V-VI, un nódulo heterógeno de 7,87 x 7,18 cm, con vascularización interna, con zonas hipo/iso e hipocoicas que parecen englobar a vesícula dentro de la que se visualiza imagen hiperecoica de 1,58 cm. Vesícula biliar patológica. En resumen: masa heterogénea hepática, paravesical (segmento V-VI) a estudio.

6.- Ese mismo día (01/06/17), ingresa en el hospital y entre los estudios correspondientes le realizan un TAC abdominal que se compara con el realizado en fecha 31/08/16. Este estudio de TAC concluye con la impresión diagnóstica de masa en segmentos inferiores del lóbulo hepático derecho (LHD) que engloba cara superior vesicular con una adenopatía de características patológicas en eje portal. Dada la presencia de un mínimo engrosamiento de la pared vesicular en TC previo, los hallazgos orientan a un posible proceso neoplasia de vesícula biliar (de confirmarse estadio III B, T2 N1 M0), siendo menos probable la posibilidad de metástasis del proceso neoplasia de mama.

7.- En fecha 06/06/17, se realiza mediante control ecográfico biopsia trucut (punción con aguja gruesa) de masa perivesicular en lóbulo hepático derecho, sin complicaciones tras el procedimiento y, con resultado posterior de Anatomía Patológica (12/06/17) de Adenocarcinoma moderadamente diferenciado de origen en vía biliar. Perfil inmunohistoquímico: Citoqueratina 7 positiva, Citoqueratina 20, CDX-2, MUC2 y Hepatocito negativos.

8.- De la información anteriores se desprende, que de haberse tenido en cuenta e informado a la paciente sobre el resultado del TAC inicial en donde ya había datos que hacían sospechar la presencia de neoplasia vesicular, y realizado la Ecografía Abdominal como había sugerido en Médico Radiólogo, existía la probabilidad de obtener más datos que hubieran hecho posible la consideración del diagnóstico de neoplasia y probablemente de un diagnóstico más temprano del cáncer.

9.- El diagnóstico de Adenocarcinoma moderadamente diferenciado de origen en vía biliar, estadio III B (etapa avanzada), T2 (se ha extendido fuera de la vesícula) N1 (hay no más de 3 ganglios afectados) M0 (no hay indicios de metástasis ni carcinomatosis peritoneal), se realizó nueve meses después de realizado el TAC que ya mostraba signos radiológicos de sospecha tumoral. Aunque la paciente se le realizó laparotomía exploratoria con la intención

de extirpar el tumor, este estaba muy avanzado y no pudo ser resecado, por lo que puede considerarse al no haber un diagnóstico más precoz del tumor, que la paciente perdió la oportunidad de un tratamiento y un pronóstico más favorable.

10.- De la documentación aportada se deduce que hubo una evolución del tumor cuyo crecimiento, desde septiembre de 2016 hasta junio de 2017, supuso la imposibilidad de resecarlo. Si bien de forma global el pronóstico del cáncer de vesícula biliar sigue siendo muy ominoso, con una supervivencia global de sólo 5-10% a 5 años, según el Sistema TNM del American Joint Committee on Cancer y en aplicación del mismo hubo una pérdida de oportunidad del 43%, puesto que, en la imagen del TAC inicial de septiembre de 2016 se observaba una alteración de la morfología con engrosamiento significativo de la pared de la vesícula biliar, por lo que el tumor estaría al menos en el estadio I, mientras que en el TAC de junio/2017 ya existe una masa en segmentos inferiores del lóbulo hepático derecho (LHD) que engloba cara superior vesicular con una adenopatía de características patológicas en eje portal, que nos llevaría al estadio IIIB. Según la tabla incorporada al informe pericial la tasa de supervivencia observada a 5 años para la etapa I es de un 50%, y para la etapa IIIB de un 7%, por lo que se pasaría de un 50% al 7%, obteniéndose una pérdida de oportunidad a 5 años del 43%; debido a ello, se propone:

Quantificación de la indemnización, conforme a La Ley 35/2015 de 22 de septiembre de Reforma del Sistema para Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidente de Circulación:

Por perjuicio básico, según la Tabla 1.A, consideraríamos una cuantía indemnizatoria para cada hijo mayor de 30 años, de: 20 000 €. De multiplicar 2 x 20 000 resultaría la cantidad de: 40 000 €.

La cantidad sería: 40 000, aminorada en el 43%, lo que asciende a un total indemnizable de 22 800 €.

El quantum final indemnizatorio, lo estimamos en: 22 800 €, sin perjuicio de su actualización en concepto del incremento anual del Índice de Precios al Consumo (IPC)».

Los DCC 171/2016; 152/2017; 324/2018, entre otros muchos, hacen 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 n.º 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 n.º 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 n.º 1247/2014)».*

La STS de 21 de diciembre de 2015 o 16 de febrero de 2011 señalan que *«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».*

3. En cuanto a la cuantía indemnizatoria propuesta en el informe del SIP, ésta es la adecuada, en aplicación de lo previsto en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Así pues, resulta correcta la valoración efectuada en aquel informe y adoptada en la Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio que fue aceptado por los reclamantes (si bien adaptada a tres beneficiarios en lugar de dos), resultando de aplicación el art. 34.3 LRJSP, que hace referencia a la actualización de la cuantía de la indemnización

a la fecha que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad fijado por el Instituto Nacional de Estadística y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo Indemnizatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por (...), (...) y (...), resulta conforme a Derecho, debiendo ser actualizada la cuantía de la indemnización conforme se señala en el presente dictamen.