



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 0 / 2 0 2 2

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 20 de julio de 2022.

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 (...), como sucesores mortis causa de (...) como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 184/2022 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen solicitado por oficio del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad de 5 de mayo de 2022 (registro de entrada en el Consejo Consultivo al día siguiente), es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica, el Servicio Canario de la Salud.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva dado que la cuantía reclamada asciende a 600.000 euros (por ser superior a 6.000 €), de acuerdo con el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. Resultan aplicables la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

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

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

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 los interesados siendo que en un principio la Sra. (...) presentó reclamación que dio origen al expediente, y a su fallecimiento, continuaron en el mismo su esposo e hijos, por la misma cuantía solicitada por la reclamante, por el retraso en el diagnóstico y el tratamiento de un cáncer de colon que deriva en metástasis y en posterior fallecimiento (art. 4 LPACAP).

En este caso, la paciente reclamó en vida responsabilidad patrimonial a la Administración Sanitaria, que a su muerte genera un crédito que se integra en su patrimonio y es reclamable por los herederos a título hereditario, y esta indemnización es independiente de la que puedan reclamar los familiares cercanos a título propio por su propio daño moral experimentado por el fallecimiento de su familiar.

En relación con ello en el Dictamen de este Consejo Consultivo 404/2014, de 7 de noviembre, en relación a la legitimación activa *iure hereditatis* se señalaba:

«Al mantener como hecho imputable al funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria el que constituía la causa de pedir del reclamante inicial, solo puede aceptarse de la esposa interviniente, cuya representación de aquél se ha extinguido, una legitimación activa iure hereditatis; lo que significa que continúa con la reclamación de su cónyuge a título de heredera y causahabiente del mismo, pretendiendo la satisfacción del derecho resarcitorio del marido. Se trata de una sucesión procedimental determinada por la transmisión del derecho substantivo subyacente regulada en el art. 31.3 LRJAP-PAC en los siguientes términos: “Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.

(...) El interesado inicial reclamaba por una lesión, sin precisar, de su derecho a la protección de su salud. Éste es un derecho personalísimo que se extingue con su fallecimiento y por tanto no es transmisible. Pero la lesión de ese derecho genera un derecho de resarcimiento de contenido económico y por tanto transmisible, como resulta del art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) que al regular la acción directa contra el asegurador de la responsabilidad patrimonial por daños confiere legitimación tanto al perjudicado como a sus herederos. Esta referencia expresa a los herederos tiene por presupuesto la patrimonialidad del derecho al resarcimiento y por tanto su transmisibilidad.

No hay por consiguiente obstáculo legal a la legitimación activa de la viuda a título hereditario, pero no constando en el expediente que sea la única heredera de su marido, mientras no acredite la condición de única heredera, hay que considerar que actúa en beneficio de la comunidad hereditaria conforme a la constante y uniforme jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que reconoce legitimación activa a cualquier comunero para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad (SSTS de 15 de enero de 1988, de 14 de marzo de 1994, y de 7 de diciembre de 1999, entre otras muchas)».

En el DCC 141/2022, de 8 de abril, reseñábamos:

«Este Consejo Consultivo ha señalado en el Dictamen anteriormente emitido en relación con el presente caso (DCCC 221/2021, de 5 de mayo, recaído en el expediente 370/2019), en relación con la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos de la persona afectada por el hecho lesivo que le ha ocasionado su fallecimiento, siguiendo su reiterada doctrina emitida al respecto, lo siguiente:

En cuanto a la legitimación activa de los reclamantes, se plantea el problema jurídico de la naturaleza jurídica de la reclamación de los herederos del paciente fallecido. Caben distintas hipótesis: Una sería aquella que entiende que el daño genera un derecho de crédito para el fallecido que se incorpora a la masa activa de la herencia y se trasmite a sus herederos. Otra, que los herederos sólo pueden reclamar un daño moral a título propio, por los daños personales derivados de la asistencia sanitaria recibida. Sobre si la acción para reclamar el daño moral es transmisible a los herederos, es una cuestión que ha planteado amplio debate doctrinal y jurisprudencial.

A este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de octubre de 2013 (rec. 780/2006) expone la problemática procesal. Dice este fragmento de la sentencia:

“Ello nos lleva a la vieja problemática relativa al titular del resarcimiento del daño causado por la muerte, donde se prodigan posturas de signo contrario, la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por el vivo que muere y que transmite a título hereditario a sus herederos y la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por los perjuicios que sufren los familiares allegados del muerto por razón de su muerte a título de responsabilidad patrimonial. El criterio del resarcimiento de los familiares perjudicados a título propio se ajusta mejor al norte de la justicia resarcitoria porque, de un lado, permite compensar perjuicios sufridos por quienes no son herederos y porque simultáneamente evita reconocer indemnización a herederos que no sufren perjuicios por la muerte de la víctima, como sucede con aquellos que no estén ligados afectivamente con la víctima o incluso, con el Estado, cuando, por falta de parientes, es el heredero de la víctima.

En este sentido, la temprana y didáctica Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, estableció lo siguiente: “Sin duda el derecho a indemnización

originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como "iure hereditatis", sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 y 14 de diciembre de 1996), cualidad que puede o no coincidir con la del heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte "iure proprio", las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible "mortis causa" a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales "iure hereditatis"».

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de Octubre de 2013 (rec. 780/2006) expone la problemática procesal al hilo de una reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial derivada de fallecimiento de funcionario como consecuencia de enfermedad contraída por deficientes condiciones de su puesto de trabajo.

Dice este fragmento de la Sentencia:

«Ello nos lleva a la vieja problemática relativa al titular del resarcimiento del daño causado por la muerte, donde se prodigan posturas de signo contrario, la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por el vivo que muere y que transmite a título hereditario a sus herederos; y la de la adquisición originaria del crédito resarcitorio por los perjuicios que sufren los familiares allegados del muerto por razón de su muerte a título de responsabilidad patrimonial. El criterio del resarcimiento de los familiares perjudicados a título propio se ajusta mejor al norte de la justicia resarcitoria porque, de un lado, permite compensar perjuicios sufridos por quienes no son herederos y porque simultáneamente evita reconocer indemnización a herederos que no sufren perjuicios por la muerte de la víctima, como sucede con aquellos que no estén ligados afectivamente con la víctima o incluso, con el Estado, cuando, por falta de parientes, es el heredero de la víctima».

Por su parte, la STS 535/2012, de 13 de septiembre señala:

«El derecho de la víctima a ser resarcido por las lesiones y daños nace como consecuencia del accidente que causa este menoscabo físico y la determinación de su alcance está función de la entidad e individualización del daño, según el resultado de la prueba que se practique, que no tiene que ser coincidente con la del informe médico-forense. La consolidación posterior de las lesiones supone lo siguiente: por un lado, que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y que se valoren, a efectos de determinar el importe de la indemnización, en el momento en que se produce el alta definitiva del

perjudicado. Por otro, que la acción puede ejercitarse puesto que la víctima tiene pleno conocimiento del mismo, por lo que es a partir de entonces cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (sentencias de Pleno de esta Sala, de 17 de abril de 2007, RC nº 2908/2001 (RJ 2007, 3360) y 2598/2002 (RJ 2007, 3359)).

En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 280), a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho - iure hereditatis-, y por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, a cuenta de la cual, y de los intereses que pudieran corresponderle, entregó la aseguradora la cantidad de 312.527,75 euros, como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente - iure proprio -puesto que se trata de daños distintos y compatibles.”

(...)

Se trata de un fallecimiento que trae causa del propio accidente y es un efecto más del mismo, contemplado como tal en la ley. Por tanto debe ser considerado a todos los efectos relacionados con la fijación de la indemnización, tanto en sí mismo (daños a familiares) como en relación con el alcance de la lesión permanente sufrida. Ahora bien, como la ley solo regula el fallecimiento, pero no su incidencia sobre el resto del daño, aunque no la excluye, como en el caso anterior, debe resolverse la laguna legal aplicando los principios de compatibilidad de indemnizaciones por distintos conceptos (incapacidad temporal, lesión permanente y daño a los familiares por fallecimiento) y proporcionalidad de la indemnización por lesión permanente con respecto al tiempo que medió desde el accidente hasta la muerte, durante la cual esta se ha sufrido.

Las consecuencias lesivas ya no atienden al futuro, porque desaparecieron con el fallecimiento, por lo que aquellos parámetros temporales y personales considerados en abstracto dejan de serlo porque se conocen los perjuicios, reales y ciertos, que ha sufrido desde la fecha del siniestro y que no quedan absorbidos por la muerte posterior por cuanto tienen entidad propia e independiente y han generado hasta ese momento unos perjuicios evidentes a la víctima susceptibles de reparación en un sistema que indemniza el daño corporal en razón de la edad y a las expectativas de vida del lesionado, y estas expectativas

no se han cumplido por el fallecimiento anticipado de la víctima debido al accidente de tráfico. Salvo el daño que resulta del fallecimiento, compatible con los anteriores, pero que no se reclama, ya no hay incertidumbre alguna sobre la duración de las lesiones y secuelas, por lo que el crédito resarcitorio que se transmite por herencia deberá hacerse en razón del tiempo transcurrido desde el accidente hasta su fallecimiento, y no por lo que le hubiera correspondido de haber vivido conforme a las expectativas normales de un joven de quince años, puesto que aquello que se presumía como incierto dejó de serlo a partir de ese trágico momento.

Constituye un principio básico del SLV que, a efectos de aplicar las tablas, la edad de la víctima sea la del siniestro (Artículo Primero, 3, del Anexo) con independencia del tiempo de vida que le quede, de manera que, por lo que respecta a la indemnización básica por las lesiones permanentes o secuelas, para las de una misma entidad o puntuación, la indemnización de la víctima varía en relación inversamente proporcional a su edad al momento del accidente (a más edad, la cuantía correspondiente a secuelas de la misma entidad o puntuación, disminuye). En esta tesitura, parece lógico ajustar la cantidad que el SLV reconoce, en cuanto lo hace en contemplación a los años que tenía cuando se produjo el siniestro respecto de los que le quedarían por vivir, y fijar la indemnización atendiendo al tiempo efectivo que transcurrió hasta su fallecimiento, pues fue este espacio temporal durante el cual la víctima sufrió la secuela».

Resulta, asimismo, ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 1089/2003, de 17 de octubre, que en un caso similar al presente, confirmó la sentencia que condenó al Servicio Navarro de Salud a pagar una indemnización de 120.000 euros (F.D. 2º):

«Se aceptan los razonamientos de la sentencia apelada, por considerar la Sala que la indemnización reconocida en la resolución recurrida a los actores, como perjudicados, por la muerte de su esposa y madre, indemnización reconocida, «iure proprio» como perjudicados por el fallecimiento a consecuencia de deficiente asistencia sanitaria, es compatible en abstracto con el reconocimiento de los derechos que pudieran corresponderle como herederos, «iure hereditario», de la reiterada fallecida. Al respecto ha de abundarse en los razonamientos contenidos en la sentencia apelada, expresando lo siguiente:

A) Si bien es cierto que con la jurisprudencia citada en el escrito de apelación del Letrado de la Administración foral la indemnización en caso de fallecimiento a favor de los perjudicados por el fallecimiento de una persona, se fijan «iure proprio», por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con un lazo de parentesco, afectivo o de convivencia con la fallecida y que precisamente por la muerte de aquella persona sufre un daño susceptible de indemnización, la existencia de tal perjuicio no es incompatible con la existencia de un derecho hereditario a obtener, conforme a las normas hereditarias generales, artículo 659 del Código Civil (LEG 1889, 27), los derechos que hubieran

correspondido a la fallecida, en este caso como causante hereditario de los perjudicados. Es decir que conceptualmente pueden existir unas mismas personas una doble condición: la de perjudicados y la de herederos, no existiendo incompatibilidad alguna entre ambos supuestos.

B) En el caso analizado existió un daño personal a la fallecida, que le ocasionó un importante sufrimiento por la no detección por los servicios sanitarios del cáncer que culminó con su muerte. Tal derecho era resarcible a la propia perjudicada, la fallecida, la cual había solicitado el reconocimiento del derecho de forma personal, habiendo fallecido antes de que la Administración dictara resolución al respecto. Es obvio que de haberse reconocido por la Administración la existencia del derecho de indemnización el mismo hubiera sido transmisible, hereditariamente, a los ahora actores, por lo que no se ve una diferencia conceptual con la hipótesis analizada, pues el derecho al resarcimiento puede existir, aun no reconocido en la vía administrativa. Tal derecho existe o no, más el devengo del mismo ya se habría generado una vez que se ha producido el supuesto de hecho que genera el mismo, no teniendo carácter constitutivo la resolución administrativa que pueda reconocer tal derecho al resarcimiento.

C) No puede entenderse que el derecho al resarcimiento de la fallecida sea un derecho personalísimo no transmisible a sus herederos, su sufrimiento sí fue personalísimo mas es resarcible, compensable pecuniariamente, y tal resarcimiento constituye un derecho patrimonial, ya devengado una vez que el mismo se ha producido y susceptible de transmisión a sus herederos. No puede compartirse la idea expresada por la Administración de que se trataba de una mera expectativa de derecho que se extinguió con la muerte de la perjudicada, pues el daño moral ha provocado un derecho de resarcimiento pecuniario superior a una mera expectativa, constituyendo un derecho ya perfeccionado, susceptible de transmisión, así piénsese que si tal derecho ya hubiera sido reconocido en vía administrativa, el mismo hubiera por sucesión hereditaria ingresado en el patrimonio de los herederos, por lo que la muerte no puede alterar las consecuencias que se hubieran producido de no mediar la misma, y ello sin perjuicio de que a causa de la muerte se produjera, suceso entonces incierto, un perjuicio personal para los actores, susceptible de indemnización independiente, iure proprio, del que corresponde a la fallecida, ello con independencia de que de no haber mediado dicha muerte ya se hubieran podido producir perjuicios personales a los herederos.

D) Por lo ya razonado no puede entenderse que exista duplicidad de un mismo concepto indemnizatorio, pues a los actores se les ha indemnizado en la resolución recurrida exclusivamente por los perjuicios propios que ha generado el fallecimiento, sin consideración alguna a los propios perjuicios de la víctima, y ésta solicitó la indemnización de sus propios perjuicios, cuyo derecho, realmente existente, reconocido o no antes de su fallecimiento, según lo expresado, ya se encontraba devengado por haber acaecido el supuesto de hecho a la que la Ley anuda su nacimiento, y que por ende es susceptible de transmisión hereditaria.

El recurso de apelación interpuesto por la Administración demandada debe ser, por consiguiente, desestimado».

La transmisión del derecho de cobro de la indemnización «*iure hereditatis*» deriva del artículo 609, 657, 659, 661, 667, 744, 807, 834, 912 del código civil. En el ámbito administrativo hemos de hacer referencia al art 4.3 LPACAP, 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y 22 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA).

Esta doctrina es de aplicación al presente asunto, existiendo, además, constancia en el expediente por haber sido aportado testamento de la fallecida, la condición de herederos a partir iguales con carácter universal de ambos hijos, y de legatario por lo que corresponde de usufructo al viudo, y por tanto, son los herederos mortis causa de la misma por su propia voluntad.

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. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin al procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los artículos 10.3 y 15.1 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 y 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 Servicio Canario de la Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del citado 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, añadido por la Ley 4/2001, de 6 de julio, de Medidas Tributarias, Financieras, de Organización y Relativas al Personal de la Administración Pública de Canarias.

4. Asimismo, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues se presentó inicialmente por la paciente el 14 de agosto de 2020, habiendo detectado la última de las secuelas consistente en lesión ósea el 23 de julio de 2020, por lo que no transcurre más de un año desde la determinación de las secuelas hasta la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial por la propia paciente, que falleció posteriormente (art

67 LPACAP). Como se ha señalado, los familiares continuaron con la reclamación tras dicho fallecimiento.

III

La interesada presenta reclamación de responsabilidad patrimonial el 14 de agosto de 2020, como se ha señalado, alegando en esencia que constaba en su historia clínica que el 9 de octubre de 2017 se le realizó a petición del Médico de Familia del Centro de Salud de San Bartolomé (Lanzarote) en el propio centro de salud, un test rápido de sangre oculta en heces que resultó positivo, sin que en ningún momento fuera informada del mismo ni derivada a médico especialista. La reclamante se enteró de forma circunstancial el 10 de junio de 2019 (un año y ocho meses después), al consultar la historia clínica en la que constaba una anotación de un resultado positivo en la referida prueba. En el primer test efectuado el 13 de agosto de 2015 había resultado negativo, y tras el positivo de octubre de 2017 nada se hizo por parte del Servicio Canario de la Salud (SCS), perdiendo la oportunidad de una intervención quirúrgica precoz. El SCS le realiza las primeras pruebas por especialista el 24 de mayo de 2019 (TC de tórax, abdomen y pelvis), previa aportación al médico de Familia el 15 de mayo de 2019 de las pruebas diagnósticas realizadas en la medicina privada el 12 de mayo de 2019, que se incorporaron al Historial de Salud en la Atención Especializada, sin que conste ninguna solicitud de mayor intervención por parte del SCS entre el 10 de octubre de 2017 y el 24 de mayo de 2019. El 24 de mayo de 2019 se sospecha por el SCS el cáncer, tras aportar la paciente las pruebas realizadas en la medicina privada. El 27 de mayo de 2019 se concluye neoplasia rectal y el 28 de mayo de 2019 la Clínica Privada San R. de Lanzarote, por encargo del SCS, realizó IRM de pelvis, diagnosticando cáncer de recto, estadio pT3d,N0,M1.

Previamente, el 15 de marzo de 2018 se había sometido a una revisión en la Clínica privada (...), con un estudio Neumológico-Espirometría Forzada de 15 de marzo de 2018 por el Doctor (...) de que resulta que en esa fecha no tenía mermadas sus facultades respiratorias y también un TAC sin hallazgos significativos. El 12 de noviembre de 2018 volvió al Centro de Salud de San Bartolomé por un cuadro de diarrea, siendo solicitado coprocultivo, que dio cultivo de heces normal y *Helicobacter Pilory* positivo, quedando sometida a tratamiento para su erradicación.

El 23 de mayo de 2019 se le da cita en el programa de Prevención del Cáncer colorrectal, obviando el test positivo realizado el 9 de octubre de 2017.

El tratamiento oncológico empezó el 10 de junio de 2019, con el primer ciclo de quimioterapia, casi dos años después del testeo positivo de sangre oculta en heces.

El 6 de agosto de 2019 el Servicio de Oncología del Hospital Molina Orosa de Arrecife, emite informe Clínico de Consultas Externas que concluye adeno carcinoma de recto estadio IV -y último- por M1 -metástasis- hepáticas, pulmonares y ganglionares, K-Ras Mutado.

El diagnóstico definitivo se produce el 23 de julio de 2020 tras un TAC de Tórax, Abdomen Pelvis de Contraste, por el radiólogo (...), en el que constan nódulos en los pulmones y nódulos hepáticos y una nueva secuela consistente en lesión en la vértebra torácica o dorsal nº 11.

Por Resolución de 10 de febrero de 2020 se declara por la Directora del Centro de Valoración de la Discapacidad por delegación de la Directora General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias a la reclamante un grado de discapacidad del 65% desde el 4 de octubre de 2019, revisable el 31 de enero de 2022.

Se alega que de haberse iniciado tratamiento del cáncer colorrectal el 10 de octubre de 2017 posiblemente se habría evitado una metástasis invasiva de sus órganos vitales (pulmones, hígado, ganglios y vértebra dorsal).

Se reclaman 600.000 euros y se aporta informe pericial de 25 de mayo de 2020 del Médico perito (...), médico especialista en Oncología Médica e informe de valoración del daño corporal de 24 de julio de 2020 del Dr. (...).

IV

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver, conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

2. Constan las siguientes actuaciones:

2.1. (...) presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial el 14 de agosto de 2020.

2.2. Con fecha 25 de septiembre de 2020 se requiere a la reclamante a fin de que mejore la solicitud presentándose, con fecha de registro de entrada de 6 de octubre, escrito por el que se procede a dicha mejora.

2.3.- Con fecha 28 de enero de 2021 se comunica el fallecimiento de la reclamante acaecido el 24 de diciembre de 2020.

2.4. El 1 de marzo de 2021 y el 18 de marzo de 2021 se personan en el procedimiento los hijos y el viudo de la reclamante.

2.5. Con fecha 7 de diciembre de 2021, se remite informe por el Servicio de Inspección y Prestaciones, que concluye que procede indemnizar a los interesados en los términos que expone.

2.6. Con fecha 15 de diciembre de 2021, a la vista del informe anterior se dictó Resolución del Director del Servicio Canario de la Salud por la que se suspendió el procedimiento general y se acordó el inicio de un procedimiento simplificado.

Así mismo se propuso por la Administración la terminación convencional del procedimiento mediante la suscripción de un acuerdo indemnizatorio.

Dicha propuesta fue rechazada por los interesados mediante escrito de 30 de diciembre de 2021.

2.7. Mediante Resolución del Director del SCS de 19 de enero de 2022 se levantó la suspensión del procedimiento general acordando la apertura de periodo probatorio.

Por los interesados se propuso en el escrito inicial como medio probatorio, la práctica de las siguientes:

- 1.- La Historia de Salud de la exponente en Atención Primaria.
- 2.- La Historia de Salud de la exponente en Atención Especializada.

3.- Cualesquiera otras actuaciones, si las hubiere, que completen el historial clínico de la reclamante. En caso negativo, se interesa que se emita, por quien ostenta en el SCS de facultad certificante, certificación que acredite la inexistencia de dichas actuaciones.

4.- Informe de funcionamiento del Servicio donde se establezca la causa concreta por la que no se comunicó a la reclamante el resultado positivo del test de sangre oculta en heces (TSOH), así como también el motivo por el que durante casi dos años desde el día 10 de octubre de 2017 no se cursaran a los especialistas del

Servicio Canario de la Salud las solicitudes de informes interconsultas a la vista del resultado positivo de dicho test de sangre oculta en heces (TSOH).

5.- Certificación que acredite la inexistencia, al momento en que ocurrieron los hechos, de un sistema de alerta o alarma automatizada e informatizada que avise de la existencia de pruebas diagnósticas relevantes para preservar la vida de los pacientes pendientes de realizar a fin de evitar que, por la negligencia del personal sanitario obligado a activar dichas pruebas, se dejen de realizar con consecuencias vitales, precisando, en caso de que se hubiera implantado un sistema de control en la manera que se acaba de indicar o cualquier otra que se haya adoptado, fecha exacta de su puesta en funcionamiento y coste del sistema implantado.

6.- Enfermeras y Médicos de Atención Primaria que prestaron sus servicios en el Centro de Salud de San Bartolomé a los que estuviera asignada la atención sanitaria de la exponente en el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2017 y el 24 de mayo de 2019, concretando el tiempo de iniciación y de finalización en la prestación de tales servicios.

7.- Las diligencias de prueba que la instructora o instructor nombrado al efecto entienda relevantes para la resolución del procedimiento que se inicia con la reclamación.

La Administración propone como prueba la siguiente documental que obra incorporada al expediente:

- a) Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de 3 de diciembre de 2021
- b) Copia de la Historia Clínica de la paciente obrante en el Hospital Dr. José Molina Orosa de Lanzarote
- c) Informe del Jefe de Servicio de Análisis Clínicos del Hospital de Lanzarote
- d) Informe del Médico de Familia del Consultorio de Playa Blanca.
- e) Informe de la Directora de la Zona Básica de Salud San Bartolomé-Tinajo y Médico de Familia del C.S. San Bartolomé Tinajo y Médico de Familia del Centro de Salud San Bartolomé.
- f) Informe de la enfermera adscrita al C.S San Bartolomé.
- g) Informe emitido por el Servicio de Programas oncológicos de la Dirección General de Programas Asistenciales.

8.- La Administración señala que *«una actuación más precoz podría haber aumentado las posibilidades de supervivencia de la paciente»*, por lo que la cuestión controvertida es la relativa a la cuantificación de la indemnización, a cuyo efecto se abre un periodo probatorio a fin de que por los interesados se aporte la prueba que consideren pertinente a los efectos de justificar la valoración de la indemnización que solicitan.

Mediante la Resolución citada se admitieron las pruebas, salvo las pruebas número 4, 5 y 6 de las propuestas por los interesados al considerarlas innecesarias y se acordó abrir un período probatorio de 30 días a fin de que se aportara prueba que justificase la valoración de la indemnización que solicitan.

2.8. Los interesados se opusieron a la citada Resolución formulando alegaciones mediante escrito con registro de entrada de 14 de febrero de 2022 señalando entre otros extremos que:

«Dado que nuestra causante en su reclamación de responsabilidad patrimonial propuso seis medios de prueba, la inadmisión de 3 de ellos supone la reducción, por otra parte carente de la más mínima justificación, de nada menos que el 50% de la pretendidas por la parte dañada, atentando contra su derecho a la defensa, además de tratarse de una decisión infundada, ya que no se expresa el motivo o motivos determinantes de tal decisión, "función que desde luego, no cumple la gratuita afirmación de que resultan innecesarias, de manera que la referida inadmisión incurre también en patente arbitrariedad."

(...)».

Manifiestan que la citada Resolución vulnera su derecho de defensa al entender que no es de mero trámite.

Solicitan la admisión de las pruebas, la entrega de la documentación obrante en el expediente y que se le informe de los recursos contra la misma.

2.9. Transcurrido el plazo conferido sin que por los interesados, para justificar la cuantía indemnizatoria, propusieran pruebas distintas de las ya solicitadas y declaradas innecesarias se acordó el preceptivo trámite de Audiencia.

Los interesados formularon las alegaciones que estimaron convenientes reiterando las ya expuestas de indefensión, solicitando la emisión de distintos informes y exponiendo sus consideraciones en cuanto a la cuantía que reclaman incidiendo en *«las numerosas e inauditas negligencias en que incurrió el personal sanitario en la atención prestada a su madre»*.

2.10. De la documentación obrante en el procedimiento se destacan, en los términos del Informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, los siguientes hechos:

«A.- Se trata de mujer, con fecha de nacimiento 05.02.64, que por cuadro de dispepsia su médico de atención primaria solicita test de sangre oculta en heces (TSOH) que arrojó resultado positivo el 10.10.17.

B.- En visitas posteriores el médico no adopta medida alguna en relación con esta determinación.

Durante aproximadamente un año entre el 29.12.17 y el 12.11.18 la paciente no acudió en demanda de asistencia sanitaria.

C.- El motivo de nueva consulta el 12.11.18 es por cuadro diarreico. Persistiendo el mismo se describe en consulta del 19.11.18: " (...) .Paciente de 54 años de edad, con cuadro de Gastroenteritis , además de Hemorroides interna y externas, refiere dolor anal, en estos momentos, no diarreas, no picos febriles, o dolor abdominal (...) " Es alta en incapacidad temporal el 21.11.18 para este proceso.

D.- El 15.03.18 solicita asistencia tras haber acudido a ginecólogo de seguro privado por sangrado postmenopáusico, para la práctica de histeroscopia.

E.- Igualmente, tras haber sido valorada por especialista digestólogo de seguro privado inicia proceso de incapacidad temporal el día 28.05.19 por Cáncer de recto.

El 3 de junio de 2019 se determina la existencia de Carcinoma de recto estadio IV consulta de Oncología.

F.- Se aplican distintas líneas de tratamiento con evolución desfavorable y es exitus el día 24.12.20».

2.11. La Propuesta de Resolución fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico con fecha 27 de abril de 2022.

2.12. La referida Propuesta de Resolución, del Secretario General del Servicio Canario de la Salud por la que se estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía de 36.673,87 euros es de fecha 3 de mayo de 2022.

V

1. La jurisprudencia ha precisado (entre otras STS de 26 de marzo de 2012; STS de 13 de marzo de 2012; STS de 8 de febrero de 2012; STS de 23 de enero de 2012) que *«para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son necesarios los siguientes requisitos:*

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

- Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

- Ausencia de fuerza mayor.

- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño».

«El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física. En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la lex artis, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la, preparación, y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la lex artis se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la lex artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis. Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué

momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Administración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad. Este límite nos lo proporciona el criterio de la lex artis, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la lex artis (no siendo el daño antijurídico) 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. El criterio de la lex artis se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece "El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, «cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente».

Ha de tenerse en cuenta que no existe otra exigencia de comportamiento a los facultativos que la de prestar la asistencia sanitaria aconsejable en cada caso, con los medios adecuados que estén a su alcance, pero no la de garantizar un resultado, por lo que la obligación de indemnizar solo surgirá cuando se demuestre que la actuación de los servicios sanitarios fue defectuosa o negligente, ya sea en el diagnóstico de la enfermedad o en su tratamiento.

2. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, partiendo de la historia clínica y el informe del SIP y reconoce al viudo y sus dos hijos una indemnización de 36.673,87 euros.

3. Valorado en conjunto todo el material probatorio existente en las actuaciones, este Consejo Consultivo no puede más que concluir, de conformidad con los informes periciales, que el Servicio Canario de la Salud no puso al servicio de la paciente todos los medios diagnósticos y de tratamiento necesarios desde el 10 de octubre de 2017, incumpliendo su propio protocolo, puesto que en dicha fecha se detectó y anotó en la historia clínica, en el Centro de Salud de San Bartolomé de

Lanzarote, el resultado positivo de un test de sangre en heces, sin que se le comunicara a la paciente tal resultado ni se continuara con la atención necesaria que el resultado exigía, lo que derivó en un retraso en el diagnóstico y tratamiento del cáncer de colon, de forma que de un estadio I en que se pudo haber actuado, se pasó a un estadio IV cuando se inicia el tratamiento, con metástasis en ese momento en varios órganos vitales.

El SCS reconoce que hubo una deficiente actuación sanitaria, si bien tan sólo reconoce pérdida de oportunidad que valora teniendo en cuenta la incidencia en la pérdida de calidad de vida de la paciente, de modo que limita la cuantía indemnizatoria que los interesados solicitan (600.000 euros), a una indemnización de 36.673,87 euros.

Pues bien, en el presente caso ha existido un actuar negligente por parte del Centro de Salud, al no haber informado a la Sra. (...) ni activado los protocolos necesarios tras un test positivo de sangrado en heces, con lo que se convirtió un cáncer posiblemente incipiente de colon en un cáncer con metástasis en diversos órganos vitales, con un retraso cercano a dos años en el inicio del tratamiento.

Señala el informe aportado por la reclamante del Dr. (...), médico oncólogo, que *«ya que una vez detectada la positividad del Test de Sangre Oculta en Heces, deberían haber comunicado a la paciente el resultado de la prueba, remitiendo inmediatamente a un especialista de Digestivo para su valoración y estudio pertinentes con carácter urgente, pues casi con toda certeza en ese momento sería un estadio I.*

Dicho test constituye una prueba importante de diagnóstico precoz del cáncer colorrectal puesto en marcha por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias en 2009 para individuos asintomáticos mayores de 50 años, su positividad sugiere un diagnóstico en estadio temprano con un tratamiento adecuado y con altas posibilidades de supervivencia.

Para el caso que nos ocupa de la paciente (...), un diagnóstico en estadio I del cáncer colorrectal tiene una supervivencia a 5 años que supera el 80% y un diagnóstico en estadio IV la supervivencia a 5 años es menor del 20%; por lo que se podría deducir lo que esto supone para su futuro en lo que respecta a la enfermedad y calidad de vida».

Durante el tiempo que duró la enfermedad, la Sra. (...), sufrió un doloroso proceso, causando baja desde el día 27 de mayo de 2019, habiéndose reconocido por Resolución de la Directora del Centro de Valoración de la Discapacidad por delegación de la Directora General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias un

grado de discapacidad del 65% desde el 4 de octubre de 2019 revisable el 31 de enero de 2022.

La pasividad del SCS ante una grave enfermedad causó sufrimiento, pérdida de oportunidad de curación y el fallecimiento a la postre de la paciente, que con un alto grado de probabilidad se podría haber evitado con una actuación precoz, puesto que se habría aumentado considerablemente las posibilidades de supervivencia de la misma (fue la propia paciente quien inició la reclamación de responsabilidad patrimonial).

Por tanto, en este caso, existe un daño físico y moral que reclamó a título propio la paciente durante su vida, una vez que la misma detecta casualmente tras la lectura de su historia clínica la grave negligencia que se cometió con ella, por no haber derivado a la Atención Especializada para realizar pruebas diagnósticas más específicas el SCS, tras anotar el positivo del test de sangrado en heces realizado en octubre de 2017, que impidió primero diagnosticar y después, tratar el cáncer de colon a tiempo de poder actuar con mayor eficiencia para salvar su vida, con el consiguiente ahorro de penalidad y sufrimiento padecido por la paciente antes de su fallecimiento.

4. La determinación de la indemnización que resulta aplicable resulta compleja.

Al respecto, La reclamante aporta informe pericial emitido por el Dr. (...) en que se señala como indemnizables tres conceptos: el Perjuicio por pérdida temporal de calidad de vida (18 meses estimado por este concepto); las secuelas, que estima no cuantificables con arreglo al baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, habida cuenta del complicado pronóstico que presentaba ya la reclamante, que hacía presagiar el final que desgraciadamente se produjo, y por último el perjuicio personal particular por pérdida de calidad de vida.

Como se ha señalado, la cuantificación que realiza el SCS asciende a un importe de 36.673,87 euros, puesto que tomando como referencia la referida Ley 35/2015, parte de las probabilidades estadísticas sanitarias para el cáncer de recto y tienen en cuenta que el 10.10.17 la paciente se encontraba en estadio I-II (supervivencia para el SCS del 75%) y en el momento del diagnóstico el 03.06.19 en un estadio IV (15%), determinando que la pérdida de oportunidad es del 60%. A partir de ahí se calcula la indemnización teniendo en cuenta la incidencia en la calidad de vida de la paciente, en forma análoga a una indemnización por daño moral, y siguiendo de modo orientativo el Baremo de Accidentes de Tráfico de aplicación, Ley 35/2015, artículos

137, 138. Para la Administración sanitaria, la indemnización por pérdida temporal de calidad de vida compensaba el perjuicio moral particular que sufría la víctima por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal.

Tablas 2017, la cuantía ascendería a:

Perjuicio personal básico:

Desde el 10.10.17 hasta el 28.05.19: 595 días X 30,075€ = 17.894,62€

Perjuicio personal grave:

Desde el 29.05.19 hasta el 24.12.20: 575 días X 75,18€ = 43.228,50€.

A 61.123,12€

Le aplican una reducción del 40% por pérdida de oportunidad

Propuesta cuantía indemnización: 36.673,87€

Actualización conforme IGIC + 0.67%: 245,71€

TOTAL: 36.919,58 €.

Pues bien, entiende este Consejo Consultivo que la cuantía señalada por el SCS es a todas luces insuficiente, puesto que la misma debería tener presente que en este caso se ha producido falta de diligencia infracción de la *lex artis*, por desatención y descuido frente a una grave enfermedad de la paciente a quien ni siquiera se le informó del resultado de la prueba, y al mismo tiempo una pérdida de oportunidad de detectar precozmente el cáncer para conseguir aumentar las posibilidades de supervivencia (de estadio I en octubre de 2017 cuando se hace el test de sangre en heces, se pasa a estadio IV cuando se inicia el tratamiento en junio de 2019). Y es que el diagnóstico habría evitado o pospuesto la muerte de la paciente, además de mejorar su calidad de vida. Por el contrario, hubo de pasar no sólo por padecimientos físicos sino sufrimiento -tanto ella como su familia- durante el desarrollo de la enfermedad, e igualmente posterior metástasis y finalmente, acaeció el fallecimiento de la Sra. (...), cuestiones de enorme relevancia para la determinación de la cuantía de la indemnización, que deberá determinarse bajo el principio de indemnidad del daño que rige en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Para la fijación de la cuantía, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y la insuficiencia en este caso de aplicar, tan siquiera a efectos orientativos, el baremo

señalado en la Ley 35/2015, tomaremos como referencia un caso muy similar analizado por la jurisprudencia, en la que también la reclamación se inició por el paciente, que falleció durante el procedimiento, y por un retraso en el diagnóstico de un cáncer de mama, tras iniciar visitas a los servicios sanitarios en enero de 2001 diagnosticándose la enfermedad en junio de 2002, esto es, casi un año y medio después de acudir con síntomas, lo que determinó que pudiendo haberse podido tratar en el estadio I se trató en estadio IV y también derivó en metástasis y fallecimiento. En ese caso, los Tribunales reconocieron una indemnización de 200.000 euros (STS 8 de febrero de 2012, Recurso de casación 3585/2010).

Señala la misma en su Fundamento de Derecho primero, al referirse a la Sentencia recurrida que confirma en ese extremo que:

«Por lo que se refiere a la indemnización tiene en cuenta la Sección que el retraso en un diagnóstico exacto ha hecho que el tumor se extendiera a otras partes del cuerpo resultan incurable y manteniendo al paciente en un estado de inmovilidad, necesitando ayuda de terceros para las labores más esenciales de la vida.

En definitiva, ese retraso ha provocado la pérdida de oportunidad de curación y el surgimiento de metástasis por lo que, de manera prudente, la Sala atendiendo a las circunstancias del caso y a la normativa de seguros fija la indemnización que le corresponde en el actor en doscientos mil euros, suma que acoge el daño moral y se encuentra actualizada al día de la fecha».

Y en su Fundamento de Derecho cuarto reseña:

«Con respecto a la cuantía en que ha sido reconocido el derecho a ser indemnizado, no puede compartirse que la indemnización deba limitarse al concepto consistente en el fallecimiento. La Sala de instancia ha valorado la pérdida de oportunidad, derivada de no haberse realizado unas pruebas que, al haber podido determinar una detección más temprana de la enfermedad, hubieran podido reflejarse en un tratamiento más satisfactorio de la misma. En la ratificación de los dos informes periciales, ambos peritos, incluso el de la aseguradora recurrida, declararon en el sentido de que una rápida detección del tumor hubiera podido determinar una evolución mucho más favorable en el paciente. En particular, el perito de la demandante refirió unas posibilidades de salvación del 78%, de haberse detectado en el grado I, frente al 14% de esperanza de vida al haber sido advertido el cáncer en el grado IV.

Y, en cualquier caso, hay que añadir que, el hecho de acaecer finalmente el fallecimiento del paciente, no elimina las cargas y sufrimientos padecidos tanto por

aquél como por su familia durante el desarrollo de aquélla. Dejar éstas sin resarcir, sería por entero contrario al principio de indemnidad del daño que rige nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (entre otras muchas, SSTS de 29/9/2010, RC 857 / 2008 , y de 17/11/2010 , RC 4674 / 2006). De esta forma, ni aun asumiendo las tesis de la aseguradora recurrente, se podría estimar desproporcionada la indemnización reconocida por la Sala de instancia».

Por su parte, la Sentencia número 277/2019, de 9 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª con sede en Las Palmas de Gran Canaria (Recurso de Apelación 402/2018), en un supuesto de pérdida de oportunidad, consistente en el retraso en el diagnóstico y tratamiento de cáncer de pulmón de paciente de 46 años, que finalmente falleció tras acudir durante un plazo de cuatro meses y medio en varias ocasiones a los servicios tanto de Atención Primaria como de Urgencias hospitalaria, entendió que aun cuando con probabilidad el resultado desgraciadamente hubiera sido el mismo si se hubiera ingresado al paciente e iniciado los estudios antes, dado que su enfermedad ya estaba en un estado avanzado, procedía reconocer la responsabilidad por entender que los servicios sanitarios debieron haber diagnosticado la grave patología real que sufría atendiendo al conjunto de síntomas que iba presentando el paciente, y que el retraso asistencial originó que este perdiera la oportunidad de recibir tratamiento paliativo, lo que habría mejorado su calidad de vida e incluso hubiera podido demorar en algunos meses su fallecimiento. Tras señalar que en el caso de la pérdida de oportunidad cada caso tiene sus matices, el TSJC eleva la indemnización que había fijado inicialmente la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria en 30.000 euros hasta los 120.000 euros teniendo en cuenta entre otros factores, que el retraso en el diagnóstico había sido de cinco meses, y la existencia de una angustia duradera en el tiempo, un sufrimiento adicional al paciente, que ni siquiera fue ingresado para realizar pruebas (además de los daños morales a la viuda e hijos).

Pues bien, dada las circunstancias que concurren en el presente caso como la edad de la paciente (53 años en el momento de la realización de la prueba que resultó positiva de sangre en heces), el hecho de que debió determinar la continuación en la realización de pruebas diagnósticas, que el retraso se produjo durante más de 1 año y ocho meses, las posibilidades de supervivencia que el propio Servicio Canario de la Salud reconoce para el caso de que se hubiera detectado en estadio I la enfermedad y que también señala la pericial aportada por la propia

interesada, quien inicia por sí misma el procedimiento, es evidente que la demora disminuyó la posibilidad de superar la enfermedad y determinó la imposibilidad de mejorar su calidad de vida. Junto a ello, la angustia o sufrimiento sufrido por la paciente, además de la pérdida de ingresos por la baja y posterior incapacidad declarada, a lo que unir el evidente daño moral para la familia que tras el largo proceso de enfermedad vivido por su esposa y madre sufrió la pérdida de la misma siendo, además, los que continuaron con la reclamación de la Sra. (...) había iniciado, lleva a este Organismo a considerar como importe adecuado en concepto de indemnización la cantidad de 200.000 euros. Esta cuantía se deberá repartir entre los que resulten ser los herederos de la causante de acuerdo con su testamento.

Conforme al art. 34.3 LRJSP, la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad 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 (art. 34.3 LRJSP).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es parcialmente conforme a Derecho, debiendo indemnizar a los reclamantes de acuerdo con los criterios señalados en el Fundamento V del presente Dictamen, en la cantidad de 200.000 euros, con la actualización e intereses previstos en el art. 34.3 LRJSP.