

D I C T A M E N 2 5 7 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 8 de junio de 2023.

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 tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...) y otros, por los daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 223/2023 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 del Gobierno de Canarias el 3 de mayo de 2023 (Registro de entrada en el Consejo Consultivo al día siguiente), es una Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. La solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo es preceptiva por la cuantía reclamada que asciende a 60.000 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 Resolución formulada, resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

También es aplicable la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); así como 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,

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; y 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 familiares de (...), que suceden a título hereditario a la causante, al haber fallecido durante la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial promovido por ella misma (art. 4.3 LPACAP), sin perjuicio de la legitimación para reclamar a título propio por el daño moral derivado de su fallecimiento.

El Dictamen 404/2014, de 7 de noviembre, en relación con la legitimación activa *iure hereditatis*, 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)».

Asimismo, en el Dictamen 141/2022, de 8 de abril, manifestamos:

«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 transmite 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 de 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”».

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 SCS, 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 SCS, se delega en la Secretaría General del SCS la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el SCS. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaria General del SCS, 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, a tratarse de daños físicos y morales.

La reclamación se interpuso por la interesada y sus familiares con fecha 5 de agosto de 2019, por retraso en la realización de una mamografía para diagnosticar un posible de carcinoma por síntomas presentes en la paciente desde enero de 2019 y la existencia de antecedentes familiares de cáncer, generando dolor, incertidumbre y ansiedad en la propia reclamante y sus familiares.

III

La reclamación de responsabilidad se fundamenta en los siguientes hechos:

«El día 21 de enero de 2019 acudo al médico de familia porque me he palpado unos bultos en la mama y axila izquierda, resultando cada día más dolorosos. La doctora, que en ese momento no es la titular de la plaza, realiza petición urgente a patología ginecológica dados mis antecedentes familiares.

Es en mayo de 2019 cuando se me informa que el ginecólogo contestó a la petición, con fecha 2 de febrero de 2019, que solicitasen mamografía y remitiesen informe. Hasta ese momento nadie me había solicitado mamografía y es entonces que la solicitan con carácter preferente, fecha 2-05-19.

Tras varias llamadas al HUC y CAE de San B. para conocer día de la cita, se me informa que no hay constancia de dicha petición.

El 5 de junio de 2019 me realizan RX de tórax y solicitan TAC de tórax y ecografía de cuello con carácter preferente.

Acudo nuevamente al médico de cabecera, que reenvía de nuevo la petición de mamografía con carácter preferente ahora con fecha 19 de junio de 2019, se reenvía también en esa fecha la petición urgente a patología ginecológica que se me había hecho en enero de 2019.

Durante todo este tiempo, desde enero a junio, he acudido al centro médico por cuadros de dolor en costado y hombro izquierdo, que me trataron con inyección intramuscular de Trigón Depot 40 mg, paracetamol en comprimidos, Enantyum y Zaldiar.

El día 21 de junio acudo al centro médico de manera urgente y sin cita por inflamación de la mama izquierda y dolor agudo en la zona, se me remite a urgencias del HUC donde solicitan mamografía urgente, eco de mama y axila. Me realizan la mamografía el día 24 de junio, el día 26 de junio voy a consulta de patología ginecológica en el HUC realizándoseme PUNCH, el 28 de junio se me realiza eco de axila.

El día 29 de junio de 2019 acudo a urgencia del HUC por inmovilidad completa del brazo izquierdo, quedando hospitalizada hasta el día 26 de julio que se me da el alta.

Debido a la defectuosa asistencia sanitaria descrita presento inmovilización completa del miembro superior izquierdo. Así mismo he sufrido un importante daño moral tanto yo como mi esposo e hijos derivado del prolongado periodo de tiempo en espera del diagnóstico, dolor, incertidumbre y ansiedad.

En consecuencia, reclamo la cantidad de 50.000€ por daño físico y pérdida de oportunidad, ya que debido al retraso en ser vista por el especialista se ha visto agravada mi situación. Finalmente soy diagnosticada de carcinoma indiferenciado MUT EGFR de probable origen pulmonar, quedando con inmovilización completa del brazo izquierdo y dolor no controlado secundario a Plexopatía braquial por infiltración de musculo pectoral mayor y pared torácica.

Reclamo la cantidad de 10.000€ por daño moral para mi esposo (...) e hijos (...), (...) y (...).

A efectos acreditativos acompaño como documentos:

1. Petición urgente a patología ginecológica (21/01/2019).
2. Respuesta del ginecólogo a interconsulta del 21/01/2019.
3. Petición preferente de mamografía (2/05/2019).
4. Informe Clínico de Urgencias (21/06/2019).
5. Informe de Clínico de Alta hospitalaria {26/07/2019}.
6. Libro de familia».

IV

1. Constan practicadas en este procedimiento las siguientes actuaciones:

1.1. Se interpone reclamación de responsabilidad patrimonial por la paciente y sus familiares el 5 de agosto de 2019.

1.2. Por Resolución de 7 de agosto de 2019, se admitió a trámite la reclamación y se solicitó al Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP), la emisión de informe a la vista de la Historia Clínica (HC) de la interesada y de los informes preceptivos correspondientes. El 13 de agosto de 2019, se le notifica la citada Resolución.

1.3. El 7 de marzo de 2023, el SIP emite informe.

1.4. El 21 de marzo de 2023, se dicta Acuerdo Probatorio, admitiendo los medios probatorios propuestos:

1.- Por parte de la interesada, la siguiente documental: *«Aporto de nuevo los intentos de citas para la realización de mamografías, así como la fecha de inicio de las dolencias de la paciente y la negativa del especialista a verla, aún teniendo una valoración por parte del médico de familia, sin que haya una mamografía»*. (folios n.º 602- 619)

2.- Por parte del SCS, el siguiente documental que obra en el expediente:

- Historia Clínica relativa a los hechos, objeto de reclamación.
- Informe del SIP, de 7 de marzo de 2023 (folios n.º 42 y ss.).
- Informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del HUC (HUC), (folio n.º 65).

- Informe del Servicio de Oncología del HUC, 4 de enero de 2023 (folios n.º 71 y ss.).

El Acuerdo Probatorio se notifica a la interesada el 31 de marzo de 2021 y con la misma fecha se le notifica trámite de audiencia a fin de que, en el plazo de diez días hábiles, pueda acceder a su expediente y alegar lo que a su Derecho convenga. Transcurrido el plazo conferido al efecto, no se presenta escrito de alegaciones.

1.5. Conforme a lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, modificado por el Decreto 232/1998, de 18 de diciembre, en este procedimiento no se recaba el informe de los Servicios Jurídicos, por tratarse de una cuestión resuelta previamente, y que ya ha sido informada por el Servicio Jurídico. En informe de los Servicios Jurídicos, de 20 de mayo de 2015 relativo al expediente de responsabilidad patrimonial n.º 122/11 « (...) *se reconoce la existencia de un daño que supuso un retraso en el inicio de tratamiento rehabilitador, y ello merece ser reparado mediante una indemnización (...)* ».

1.6. La Propuesta de Resolución estima parcialmente la reclamación formulada por (...) reconociendo la cantidad indemnizatoria de 10.000 euros por el daño moral derivado de la incertidumbre durante la espera de la indicación de mamografía y su realización

2. 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 estima parcialmente la reclamación formulada por (...) reconociendo la cantidad indemnizatoria de 10.000 euros por el daño moral derivado de la incertidumbre durante la espera de la indicación de mamografía y su realización.

Se concluye que, si bien existió retraso en la solicitud de la mamografía no se trataba de un tumor de mama sino de la presentación agresiva de un cáncer de pulmón EGF-R mutado en el exón 21, que debuta en un estado ya progresivo, a la vista de la HC, incluso en la consulta inicial a los servicios sanitarios, y que en el momento del diagnósticos del mismo no es posible saber, según informe de Oncología, la respuesta iniciando el tratamiento antes, pero en todo caso el

tratamiento no condujo a una reducción de la supervivencia semejante a lo publicado en esta neoplasia diseminada.

No se considera procedente por el SIP el reconocimiento de pérdida de oportunidad, al entender que el retraso no afectó a la supervivencia, pero sí el daño moral derivado de la incertidumbre durante la espera de la indicación de la mamografía y su realización.

2. 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».

3. A los efectos de analizar la adecuación a Derecho de la Propuesta de Resolución, tal y como la doctrina de este Consejo ha venido manteniendo de manera reiterada y constante (por todos, Dictámenes 534/2018, de 27 de noviembre y 69/2019, de 28 de febrero), procede tener en cuenta que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente. Se hace preciso por consiguiente determinar un parámetro que permita valorar el funcionamiento del servicio y, por tanto, la procedencia o no de la actuación médica causante o conectada a la lesión existente; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que los resultados dañosos se pueden imputar a la actividad administrativa, incluyendo el tratamiento o asistencia efectuada o la falta de uno u otra, y aquellos otros en los que se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de que los medios

de exigible disponibilidad, en función del nivel técnico y científico alcanzado, garanticen la cura en todos los casos o completamente.

Este criterio básico, utilizado comúnmente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, es el de la *lex artis*, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas reguladoras de la prestación del servicio público sanitario, incluyendo los derechos de los pacientes. Así, lo esencial, básicamente, desde una perspectiva asistencial y para la Administración gestora, es la obligación de prestar la debida asistencia médica, con el uso de los medios pertinentes en la forma y momento adecuados, con las limitaciones y riesgos inherentes a ellos, conocidos por los pacientes (SSTS de 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo de 2007, 12 de julio de 2007, y 25 de septiembre de 2007, entre otras).

Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* determina la normalidad de los actos médicos e impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, de modo que la existencia de responsabilidad exige tanto la producción de la lesión como la infracción de la *lex artis*, en relación, en particular, con el estado de los conocimientos y de la técnica sanitaria (art. 34.1 LRJSP).

4. Establece en sus conclusiones el informe del SIP:

«1.-La reclamación se inicia con mención al retraso en la realización de mamografía cuya solicitud fue indicada por el Servicio de Obstetricia y Ginecología en fecha 12 de febrero de 2019 tras consulta en Atención Primaria el 21 de enero de 2019 por nodulaciones en cola mama izquierda y axila dolorosa que irradia a mama y brazo.

La indicación del citado Servicio de solicitud de esta prueba por el Médico de Familia y remisión posterior del informe no se materializa hasta el 2 de mayo de 2019.

El 21 de junio de 2019 es valorada por el Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUC en el contexto de asistencia en el Servicio de Urgencias donde se solicita, con carácter de urgencia, mamografía, ecografía de mama y axila.

Se concluye que ha habido un retraso en la solicitud de mamografía de 3 meses (febrero-mayo) no justificado en la HC y por tanto en su realización.

No obstante, la indicación de la prueba se basó en la sospecha de patología mamaria “nódulo mamario”.

Sin embargo, la patología oncológica de la paciente no se trató de Ca de mama sino de carcinoma indiferenciado de posible origen pulmonar EGFR mutado en el exón 21.

De hecho realizada la mamografía en fecha 24 de junio de 2019 informó “Ambas mamas con patrón fibroglandular de predominio graso con presencia de aumento de densidad

intersticial y engrosamiento de piel y subcutáneo en el lado izquierdo por aumento de la trama vascular y probable adenopatía aumentada de tamaño en región axilar ipsilateral a valorar ecográficamente". Se informa que el cuadro puede estar relación con obstrucción al drenaje venoso / linfático de la mama o bien con proceso inflamatorio.

Es decir no se concluye signos de patología neoplásica en parénquima mamario sino que se plantea obstrucción al drenaje venoso / linfático de la mama o bien proceso inflamatorio.

Observamos que debuta en estado de infiltración tumoral, metástasis.

2.-Fue diagnosticada de cáncer de pulmón EGF-R mutado en el exón 21.

La mayoría de los pacientes con cáncer de pulmón no presentan síntomas hasta que el tumor se encuentra en fase avanzada o metastásica.

Por su parte, el gen EGFR produce una proteína, el receptor del factor de crecimiento epidérmico, que está implicada de forma relevante en distintos fenómenos como multiplicación y supervivencia celular.

Al encontrarse mutada, tiene una ganancia de función y por tanto una pérdida de control a nivel celular, conllevando el crecimiento tumoral. Ayudan a la supervivencia de las células cancerígenas promoviendo su crecimiento y división celular.

3.-Presentó de forma brusca monoparesia en MSI.

La plexopatía braquial, lesión nerviosa que puede causar dolor, pérdida sensorial y debilidad en la extremidad superior ipsilateral, puede tener etiología traumática y no traumática. La fibrosis por radiación, el cáncer de pulmón primario y metastásico y el cáncer de mama metastásico son las causas más comunes de plexopatía braquial no traumática.

En la plexopatía neoplásica generalmente se desarrolla dolor, parestesia y linfedema. Con frecuencia la plexopatía braquial metastásica ocurre como una complicación tardía del cáncer.

En el presente caso la paciente debuta el 29 de junio de 2019 con una monoparesia brusca MSI.

Se identifica en el estudio realizado durante el ingreso hospitalario tumoración de características malignas que infiltra el músculo pectoral mayor, pared torácica anterolateral izquierda con afectación de la musculatura intercostal. Otro foco metastásico afectaba la cintura escapulohumeral izquierda y adenopatías axilares de características metastásica que engloba y comprime las raíces del plexo braquial izquierdo.

Observamos como esta afectación metastásica de raíces del plexo braquial, causante del cuadro clínico de ingreso, se relaciona con el tumor de origen pulmonar diagnosticado.

4.- Resultó complejo filiar el tumor al tratarse de una presentación atípica y agresiva de un cáncer de pulmón. Preciso ingreso hospitalario de un mes con el abordaje por parte de los

servicios de Ginecología, Neurología y Oncología. Las técnicas moleculares llevaron al diagnóstico EGF-R mutado en el exón 21.

En cuanto al momento del diagnóstico y sin olvidar que debuta en fase avanzada, diseminada, informa el Servicio de Oncología que “La mediana de tiempo a la progresión oscila entre 8 y 10 meses según los estudios. La paciente tuvo un tiempo de respuesta de 9 meses. Con una supervivencia global a partir del diagnóstico de 13 meses, que coincide con los datos de la población con este diagnóstico. En relación al retraso en el diagnóstico, no podemos saber la respuesta iniciando el tratamiento antes. Pero si podemos asegurar que su supervivencia global se asemeja a lo publicado en esta neoplasia diseminada”.

5.- A pesar de tratamiento oncológico dirigido con repuesta parcial objetivada en TAC de 28 de octubre de 2019, con disminución significativa del tamaño de las adenomegalias mediastínicas, axilares izquierdas y de ilíaca externa izquierda, el proceso continuó evolucionando con progresión posterior en abril de 2020 (cerebral, intramedular, ósea, carcinomatosis peritoneal, ganglionar mediastínica y axilar izquierda).

Se concluye que si bien existió retraso en la solicitud de la mamografía no se trataba de un tumor de mama sino de la presentación agresiva de un cáncer de pulmón EGF-R mutado en el exón 21 que debuta en un estado ya progresivo, a la vista de la HC incluso en la consulta inicial a los servicios sanitarios, y que el momento del diagnósticos del mismo sin poder saber, según informe de Oncología, la respuesta iniciando el tratamiento antes, no condujo a una reducción de la supervivencia semejante a lo publicado en esta neoplasia diseminada.

Lo anterior nos lleva, dentro de la pretensión de la reclamación, a no considerar la pérdida de oportunidad, no impacto en la supervivencia, pero sí el daño moral derivado de la incertidumbre durante la espera de la indicación de la mamografía y su realización.

Se propone la cuantía de 10.000 €».

5. Examinada la información y documentación obrante en el expediente se considera que el retraso en la práctica de la mamografía constituye una práctica irregular del funcionamiento del servicio público sanitario, puesto que dicha prueba, según reconoce el propio SCS, se prescribió en enero y con carácter preferente, además, si bien no se cursó adecuadamente y se realizó seis meses después; y los retrasos en la práctica de la prueba médica le produjeron un sufrimiento moral injustificable.

Según informe del SIP la paciente finalmente tenía un cáncer del pulmón agresivo, que posiblemente había cursado incluso antes de la primera consulta inicial por los nódulos mamarios, que derivó en metástasis, con una supervivencia similar a la habitual en este tipo de enfermedad, por lo que el retraso en la mamografía para

el diagnóstico de posible cáncer de mama no parece derivar en pérdida de oportunidad.

La Propuesta de Resolución, de acuerdo con el informe del SIP, reconoce un daño moral de 10.000 euros por el retraso en la solicitud y realización de la mamografía, sin especificarse inicialmente si dicha cantidad obedece al daño moral causado a la paciente o a sus familiares que desde el inicio solicitaron 10.000 euros en concepto de daño moral.

Solicitada aclaración por el Servicio de Normativa y Reclamaciones el 19 de abril de 2023, el SIP no altera la cuantía indemnizatoria, invocando un precepto 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, sobre *«el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida»*, que se limita a ofrecer un criterio meramente orientador, pues el daño moral que se reclama es por retraso en el diagnóstico y tratamiento de un cáncer, y no por pérdida de calidad de vida.

En cualquier caso, lo cierto es que nada cabe deducir del expediente acerca de la existencia de esos vínculos singulares -económicos, afectivos o de otra índole- concurrentes en cada uno de los hijos y de su cónyuge, más allá de la propia condición de parentesco, que determinarían el surgimiento de deber de indemnizarles por la cantidad que reclaman (10.000 euros), también a título personal por el supuesto daño moral que han sufrido por el retraso en la práctica de la mamografía y el correspondiente tratamiento de la enfermedad de su madre.

De este modo, pues, el daño moral indemnizable en este caso se corresponde con el trastorno, angustia y padecimiento sufrido por la propia madre en el tratamiento de su enfermedad, quien promovió la reclamación de responsabilidad antes de su fallecimiento y reclamó por el indicado concepto, según reconoce la Propuesta de Resolución.

Por tanto, la cuantía indemnizatoria que a su cónyuge e hijos les corresponde ahora como sucesores *«mortis causa»* se contrae a la establecida por la Administración (10.000 euros), con la actualización e intereses correspondientes previstos en el art 34.3 LRJSP.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen resulta conforme a Derecho.